كِتَابُ الْبَيْعِ

وَهُوَ:

(كتاب البيع)[١]

جائز بالإجماع[٢] لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾[٣]، (وهو) في

---

(١) في حاشية ابن قاسم ٤/ ٣٢٥: «تقدم ذكر أركان الإسلام التي لا يستقيم إلا بها، وحيث لا يتصور صدورها إلا بقوة يخلقها الله في أبداننا، وقد أجرى العادة بأن تلك القوة لا تدوم إلا بمادة تحصيلها عن الكسب فيما أباحه الله من السعي في وجوه المعاملات من البيع و نحوه».

وفي كشاف القناع ٣/ ١٤٥: «قدمه على الأنكحة وما بعدها؛ لشدة الحاجة إليه، لأنه لا غنى للإنسان عن مأكول ومشروب ولباس، وهو مما ينبغي أن يهتم به؛ لعموم البلوى إذ لا يخلو مكلف غالبًا من بيع وشراء فيجب معرفة الحكم في ذلك قبل التلبس به، وحكى بعضهم الإجماع على أنه لا يجوز لمكلف أن يقدم على فعل حتى يعلم حكم فيه، وبعث عمر رضي الله عنه من يقيم من الأسواق من ليس بفقيه» اهـ.

(٢) بل بالكتاب والسنة والإجماع والقياس:

أما الكتاب، فلما أورده المؤلف من الآية.

وأما السنة، فلما سيأتي من الأحاديث.

وأما الإجماع فقائم على جوازه (انظر الإجماع لابن المنذر ص ١١٤، والإفصاح ١/ ٣١٧).

وأما القياس: فلأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه ولا يبذله غالبًا، ففي تجويز البيع حصول لغرضه.

(٣) سورة البقرة (٢٧٥).

. . . .

مُبَادَلة مَالٍ وَلو في الذِّمة أَو مَنْفَعة مُبَاحَة كَمَمَرٍ بِمِثْلِ أَحَدِهِمَا

اللغة: أخذ شيء وإعطاء شيء(١) قاله[١] ابن هبيرة(٢)، مأخوذ من الباع لأن كل واحد من المتبايعين يمد باعه للأخذ والإعطاء.

وشرعًا: (**مبادلة مال ولو في الذمة**)(٣) بقول أو معاطاة(٤). والمال: عين مباحة النفع بلا حاجة(٥) (**أو منفعة مباحة**) مطلقًا(٦) (**كممر**) في دار أو غيرها (**بمثل أحدهما**) متعلق بمبادلة أي بمال أو منفعة مباحة فتتناول تسع صور.

---

(١) البيع مصدر باع، يقال: باعه يبيعه بيعًا ومبيعًا، وهو مطلق المبادلة، وكذلك الشراء، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَىٰ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ﴾ (انظر: القاموس ٣/ ٨).

(٢) يحيى بن محمد بن هبيرة بن سعد بن الحسن الشيباني البغدادي الوزير العالم، ولد سنة ٤٩٩ هـ، وكان يجالس العلماء ويوقرهم، ويهتم بالسنة، من مؤلفاته: الإفصاح عن معاني الصحاح، والعبادات الخمس على مذهب أحمد، توفي سنة (٥٦٠) وكان وزيراً للمقتفي في الدولة العباسية. (المنهج الأحمد ٢/ ٣٣٢).

(٣) كثوب أو كتاب صفته كذا وكذا.

(٤) وهما صورتا البيع الآتي ذكرهما. (حاشية ابن قاسم ٤/ ٣٢٦).

(٥) أخرج بذلك الكلب ونحوه. (حاشية العنقري ٢/ ٢٢).

(٦) في حاشية العنقري ٢/ ٢٢: «قوله: مطلقًا أي في كل حال، أي بأن لا تختص إباحتها بحال دون آخر كممر دار، وبقعة تحفر بئراً بخلاف نحو جلد ميتة مدبوغ فلا يباح لا هو ولا نفعه؛ لأنه لا ينتفع به مطلقًا بل في اليابسات».

---

[١] في / ظ بلفظ: (قال).

عَلىٰ التَّأبِيد غَيْر ربًا وَقَرْض

عين بعين[١] (١) أو دين (٢)، أو منفعة (٣) دين بعين، أو دين (٤) بشرط الحلول والتقابض قبل التفرق (٥)، أو [بمنفعة][٢] (٦) منفعة بعين، أو دين أو منفعة (٧).

وقوله: **(على التأبيد)** يخرج الإجارة (٨) **(غير ربًا وقرض)** فلا يسميان بيعًا وإن وجدت فيهما المبادلة؛ لقوله تعالى: ﴿**وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا**﴾ (٩)، والمقصود الأعظم في القرض الإرفاق وإن قصد فيه التملك

---

(١) كهذا الكتاب بهذا الدينار.

(٢) كهذا الكتاب بكتاب موصوف.

(٣) كهذا الكتاب بعلو بيت يضع عليه بنيانًا. (حاشية العنقري ٢/ ٢٣).

(٤) عين بدين ككتاب موصوف بهذا الدينار.
ودين بدين: ككتاب موصوف بكتاب موصوف.

(٥) أي فيشترط قبض أحد العوضين قبل التفرق، وهذا هو المذهب.

(٦) ككتاب موصوف بعلو بيت يضع عليه بنيانًا.

(٧) منفعة بعين: كمر دار بهذا الدرهم.
منفعة بدين: كممر دار بكتاب موصوف.
منفعة بمنفعة: كممر دار بممر دار.

(٨) في كشاف القناع ٣/ ١٤٦: «على التأبيد متعلق بمبادلة أيضًا (انظر: المصدر السابق). وخرج به الإجارة، والإعارة في نظير الإعارة وإن لم تقيد بزمن، لأن العواري مردودة فلذلك لم يقل للملك».

(٩) سورة البقرة آية (٢٧٥).

---

[١] في/ س بلفظ (عين عين).

[٢] ساقط من / ظ، وفي/ س بلفظ (المنفعة).

وَيَنعَقِد بِإيجَاب وَقَبُول بَعْدَه

أيضًا[١].

(وينعقد) البيع (بإيجاب وقبول) بفتح القاف وحكي ضمها [٢] (بعده) أي بعد الإيجاب فيقول البائع: بعتك أو ملكتك أو نحوه بكذا[٣]، ويقول المشتري: ابتعت أو قبلت ونحوه[٤].

(١) والربا محرم كما في الآية.
وعرف الحنفية البيع: بأنه مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكًا، وتملكًا.
وعرفه المالكية: عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة.
وعرفه الشافعية: بأنه مقابلة مال بمال، أو نحوه تمليكًا.
(الاختيار ٢/ ٣، والشرح الكبير للدردير ٣/ ٢، والمجموع ٩/ ١٣٧).

(٢) في المصباح ٢/ ٤٨٨: «قبلت العقد أقبله من باب تعب قبولاً بالفتح، والضم لغة حكاها ابن الأعرابي».
والإيجاب: اللفظ الصادر من البائع أو من يقوم مقامه كالوكيل والولي والوصي والناظر.
والقبول: اللفظ الصادر من المشتري أو من يقوم مقامه كالوكيل والولي والوصي والناظر.

(٣) في كشاق القناع ٣/ ١٤٦: «كوليتك أو أشركتك فيه، أو وهبتكه بكذا ونحوه كأعطيتك».

(٤) في كشاف القناع ٣/ ١٤٦: «كتملكته أو شريته أو أخذته ونحوه كاستبدلته»، فليس للإيجاب والقبول صيغة معينة، بل كل ما دل على الإيجاب والقبول.

. . . .

وَقَبْلَه مُتَراخِيًا عَنْه فِي مَجْلِسِهِ فَإِن تَشَاغَلا بِمَا يَقْطَعُه بَطَلَ

(و) يصح القبول أيضًا (**قبله**) أي قبل الإيجاب بلفظ أمر(١) أو ماض مجرد عن الاستفهام ونحوه(٢) لأن المعنى حاصل[١] به، ويصح القبول (**متراخيًا عنه**) أي عن الإيجاب مادام (**في مجلسه**) لأن حالة المجلس كحالة العقد(٣) (**فإن تشاغلا بما يقطعه**)(٤) عرفًا أو انقضى المجلس قبل القبول(٥) (**بطل**) لأنهما صارا معرضين عن البيع(٦)، وإن خالف القبول الإيجاب لم ينعقد(٧).

---

(١) مثل الأمر أن يقول المشتري: بعني كذا بكذا، فقال البائع: بعتكه ونحوه.

(٢) كتمنٍّ وترجٍّ، مثال المجرد: أن يقول المشتري: اشتريت منك هذا بكذا، فقال البائع: بعتكه ونحوه (المصدر السابق).

ومثال الاستفهام: أتبيعني بكذا، والتمني مثل: ليتك تبيعني، والترجي مثل: لعلك تبيعني، ويأتي كلام شيخ الإسلام.

(٣) في كشاف القناع ٣/ ١٤٨: «لأن حالة المجلس كحالة العقد، بدليل أنه يكتفى بالقبض فيه لما يعتبر قبضه».

ولحديث ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعًا: «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**» متفق عليه.

(٤) من كلام أجنبي، أو سكوت طويل ونحو ذلك.

(٥) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما السابق.

(٦) أشبه ما لو صرحا بالرد. (المصدر السابق).

(٧) في كشاف القناع ٣/ ١٤٦: «ويشترط لانعقاد البيع أن يكون القبول على وفق الإيجاب في القدر، فلو خالف كأن يقول: بعتك بعشرة فقال: اشتريته بثمانية لم ينعقد، وأن يكون على وفقه أيضًا في النقد والصفة، والحلول والأجل، فلو قال بعتك بألف درهم فقال: اشتريته بمائة دينار، أو قال: =

---

[١] في/ ف بلفظ (حاصله).

وَهِي الصِّيغَةُ القَولِيَّة وَبِمُعَاطَاة وَهِي الفِعْلِيَّة.

(وهـــي) أي الصورة المذكورة أي الإيجاب والقبول (**الصيغة القولية**)[1](١) للبيع.

(و) ينعقد أيضًا (**بمعاطاة وهي**) الصيغة (**الفعلية**) مثل أن يقول: أعطني بهذا خبزًا فيعطيه ما يرضيه(٢) أو يقول البائع: خذ هذا بدرهم فيأخذه المشتري أو وضع ثمنه عادة وأخذ عقبه، فتقوم المعاطاة مقام الإيجاب(٣)

= بعتك بألف صحيحة فقال: اشريته بألف مكسرة... لم يصح البيع في ذلك كله؛ لأنه رد للإيجاب لا قبول له».

فاشترط المؤلف للقبول والإيجاب ثلاثة شروط:

الأول: تقدم الإيجاب على القبول إلا إذا كان القبول بلفظ أمر أو ماضٍ مجرد عن تمن أو ترج أو استفهام، كما سبق.

الثاني: أن يتم القبول قبل التفرق أو التشاغل بما يقطعه.

الثالث: موافقة القبول للإيجاب كما سبق.

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص (١٢١): «وينعقد البيع بكل ما عده الناس بيعًا من متعاقب أو متراخ من قول أو فعل».

(١) فالبيع له صيغتان قولية وفعلية.

(٢) وهو ساكت، والفاء للترتيب فإن تراخى لم يصح البيع.

(٣) فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أن البيع ينعقد بالمعاطاة؛ لما استدل به المؤلف.

وعند الشافعية: تشترط الصيغة القولية في البيع وما في معناه.

(مجمع الأنهر ٢/ ٤، وحاشية ابن عابدين ٤/ ١٧، وحاشية الدسوقي ٣/ ٣، وروضة الطالبين ٣/ ٣٣٧، والمغني ٦/ ٧).

ولبيع المعاطاة صورتان:

الأولى: أن يتم التعاطي من غير تكلم، وإلا إشارة فجائز عند الحنفية =

---

[1] في / س بلفظ (القوية).

. . . .

والقبول(١) للدلالة على الرضى(٢) لعدم التعبد[١] فيه(٣)، وكذا [حكم][٢] الهبة والهدية والصدقة، ولا بأس بذوق المبيع حال الشراء(٤).

= والمالكية والحنابلة.

الثانية: أن يتم التعاطي بتكلم أحد الطرفين ويحصل القبض فتعاط عند المالكية والحنابلة دون الحنفية. (المصادر السابقة).

(١) قال في الإنصاف مع الشرح ١١/ ١٤: «كلام المصنف كالصريح في أن بيع المعاطاة لا يسمى إيجابًا وقبولاً، وصرح به القاضي وغيره فقال: الإيجاب والقبول للصيغة المتفق عليها، قال الشيخ تقي الدين: عبارة أصحابنا وغيرهم تقتضي أن المعاطاة ونحوها ليست من الإيجاب والقبول وهو تخصيص عرفي، قال: والصواب: أن الإيجاب والقبول اسم لكل تعاقد، فكل ما انعقد به البيع من الطرفين سمي إثباته إيجابًا والتزامه قبولاً».

(٢) قال ابن قدامة في المغني ٦/ ٧: «إن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك... ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال القبول والإيجاب...».

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ١٤: «ظاهر كلام المصنف: أنه لا يصح البيع بغير الإيجاب والقبول بالألفاظ المتقدمة بشرطها، والمعاطاة، وهو صحيح وهو المذهب، وعليه القاضي والأصحاب.

واختار الشيخ تقي الدين: صحة البيع بكل ما عده الناس بيعًا من متعاقب ومتراخ من قول أو فعل» اهـ، وانظر: الاختيارات ص (١٢١).

(٣) أي البيع، بل المعنى الذي شرع له متعقل، وهو الإرفاق بالناس، والمصلحة لهم، فتقوم المعاطاة مقامه للعرف.

(٤) ظاهره: ولو لم يستأذن؛ لجريان العادة بذلك، وقد ورد عن ابن عمر رضي الله عنهما ذوق الطعام، كما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٦/ ٥٩٣.

[١] في/ ط، م، ز بلفظ (التقيد).

[٢] ساقط من/ ف.

وَيُشْتَرطُ التَّرَاضِي مِنْهُمَا فَلاَ يَصِحُّ مِنْ مُكْرَه، بِلاَ حَقّ

(**ويشترط**) للبيع سبعة شروط(١):

أحدها[١]: (**التراضي منهما**) أي من المتعاقدين (**فلا يصح**) البيع (**من مكره بلا حق**)(٢)؛ لقوله ﷺ: «**إنما البيع عن تراضٍ**» رواه ابن حبان(٣).

فإن أكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه صح لأنه حمل عليه

---

(١) بالاستقراء.

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية والظاهرية؛ لقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ**﴾ ولما استدل به المؤلف.

وعند أبي حنيفة وصاحبيه: أن الإكراه يفسد العقد ولا يبطله، ويمكن إزالة هذا الفساد بإجازة المكرَه له.

وذلك قياساً على خيار الرؤية والعيب يثبت الخيار للمشتري، ولا يمنع انعقاد العقد.

وعند المالكية: أن العقد مع الإكراه صحيح، لكنه غير لازم للمكره، فله الخيار. واستدلوا: بما تقدم من دليل الرأي الأول، وعلى هذا فالعقد مع الإكراه غير لازم فيخير العاقد بين إمضاء العقد وفسخه.

(المبسوط ٢٤/ ٥٥، ومواهب الجليل ٤/ ٢٤٥، والمهذب ١/ ٢٥٧، وكشاف القناع ٣/ ١٥٠، ومجموع الفتاوى ٢٩/ ١٩٦، وإعلام الموقعين ٢/ ١٢٣).

(٣) أخرجه ابن ماجه ٢/ ٧٣٧ ـ التجارات ـ باب بيع الخيار ـ ح ٢١٨٥، ابن حبان كما في الإحسان ٧/ ٢٢٤ ـ ح ٤٩٤٦، البيهقي ٦/ ١٧ ـ البيوع ـ باب ما جاء في بيع المضطر وبيع المكره ـ من طريق عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن داود بن صالح التمار عن أبيه عن أبي سعيد الخدري، الحديث صححه =

---

[١] في/ س بلفظ (أحده).

. . . .

بحق(١)، وإن أكره على وزن مال فباع ملكه[١] كره(٢) الشراء منه وصح(٣).

= ابن حبان، وقال البوصيري في زوائد ابن ماجه ٣/ ١٧: إسناده صحيح رجاله ثقات. قلت: مداره على عبد العزيز الدراوردي وقد قل ضبطه، وحديثه لا ينحط عن مرتبة الحسن.

(١) رضي أم لم يرض، ولا بأس بالشراء منه.

(٢) في حاشية العنقري ٢/ ٢٦: «وإن أكره على وزن مال، أي على مقدار من المال».

وفي كشاف القناع ٣/ ١٥٠: «وإن أكره إنسان على وزن مال مباع ملكه في ذلك صح البيع، لأنه غير مكره عليه، وكره الشراء منه، وهو بيع المضطرين. قال في المنتخب: لبيعه بدون ثمنه أي ثمن مثله».

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ١٦: «واختار الشيخ تقي الدين: الصحة من غير كراهة ذكره عنه في الفائق.

الثانية: بيع التلجئة والأمانة، وهو أن يظهرا بيعًا لم يريداه باطنًا، بل خوفًا من ظالم دفعًا له، باطلٌ ذكره القاضي وأصحابه...» اهـ.

فبيع التلجئة باطل عند الحنفية والحنابلة؛ لأن المتبايعين تكلما بصيغة البيع لا على قصد الحقيقة.

وعند الشافعية: صحة البيع؛ لأن العبرة بالعقد الذي أظهراه دون ما اتفقا عليه.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٧٦، والمجموع ٩/ ٣٣٤، والفروع ٤/ ٤٩).

وينعقد البيع أيضًا: بالمراسلة والمكاتبة، ويأتي في خيار المجلس.

مسألة: وكذا لا يلزم بيع الهازل، وهو الذي يتكلم بكلام البيع لا على إرادة حقيقته. (انظر بدائع الصنائع ٥/ ١٧٦).

(٣) كأسير يقال له: ما نفعك إسارك إلا بكذا فباع ملكه لذلك كره الشراء منه، لبيعه بدون ثمن المثل في الغالب، وصح الشراء منه؛ لأنه غير مكره على البيع.

واختيار شيخ الإسلام: عدم الكراهة؛ لأن الناس لو امتنعوا من الشراء منه كان أشد ضررًا. ينظر (الإنصاف مع الشرح ١١/ ١٦).

[١] في/ م، ف بلفظ (مالكه).

وأن يكون العاقد جائز التصرف فلا يصح تصرف صبي وسفيه بغير إذن ولي.

(و) الشرط الثاني (**أن يكون العاقد**) وهو البائع والمشتري (**جائز التصرف**) أي حرًا مكلفًا رشيدًا(١) (**فلا يصح تصرف** [**صبي**][١] **وسفيه بغير إذن ولي**) فإن أذن صح؛ لقوله تعالى: ﴿**وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ**﴾(٢) أي اختبروهم[٢](٣)، وإنما يتحقق بتفويض البيع والشراء إليه(٤)، ويحرم الإذن

---

(١) لأن العبد محجور عليه من قبل سيده.

والصبي والسفيه محجور عليه لحظ نفسه، قال تعالى: ﴿**فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا**﴾ أي صلاحًا في المال ﴿**فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**﴾.

(٢) سورة النساء: آية (٦).

(٣) ويأتي في باب الحجر عند قول المؤلف: «والرشد: الصلاح بالمال».

(٤) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الحنفية والمالكية، لما علل به المؤلف، ولأن المميز عاقل محجور عليه فيرتفع حجره بإذن وليه، ويصح تصرفه بهذا الإذن.

وعند الشافعية: لا يجوز له الإذن في التجارة، وإنما يسلم له المال ويمتحن في المماكسة، فإذا أراد العقد عقد الولي عنه؛ لعدم توافر العقل الكافي لتقدير المصلحة في مباشرة التصرف.

(تبيين الحقائق ٥/ ٢٠٣، والشرح الصغير ٣/ ٢٩٤، ٣٨٤، ومغني المحتاج ٢/ ١٧٠، وكشاف القناع ٣/ ٤٤٥).

وفي كشاف القناع ٣/ ١٥١: «الشرط الثاني من شروط البيع: أن يكون العاقد من بائع ومشتر جائز التصرف وهو الحر البالغ الرشيد فلا يصح من صغير ومجنون وسكران ونائم ومبرسم وسفيه؛ لأنه قول يعتبر له الرضا فلم يصح من غير رشيد كالإقرار إلا الصغير المميز والسفيه فيصح تصرفهما بإذن وليهما ولو في الكثير، لقوله تعالى: ﴿**وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ**﴾.... ولا يصح =

---

[١] ساقط من/ ف.

[٢] في/ س بلفظ (اجزوهم).

وأنْ تكُون الْعَينُ مُبَاحَةَ النَّفعِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ

بلا مصلحة(١) وينفذ تصرفهما في الشيء اليسير بلا إذن(٢) وتصرف العبد بإذن سيده(٣).

(و) الشرط الثالث (**أن تكون العين**) المعقود عليها أو على منفعتها (**مباحة النفع من غير حاجة**)(٤)(٥).

بخلاف الكلب [لأنه][١] إنما يقتنى لصيد أو حرث أو ماشية(٦)،

= منهما قبول هبة ووصية بلا إذن ولي كالبيع، واختار الموفق وجمع منهم الشارح والحارثي صحته» اهـ.

(١) لما فيه من إضاعة المال.

(٢) لما ورد أن أبا الدرداء اشترى من صبي عصفوراً فأطلقه، ولأن الحكمة من الحجر خوف ضياع المال وهو مفقود في اليسير. (المصدر السابق).

(٣) لزوال الحجر عنه.

(٤) فلابد أن يكون المبيع مالاً شرعيًا. (بدائع الصنائع ٥/ ١٤٩، وحاشية الدسوقي ٣/ ١٠، والقليوبي ٢/ ٥٧، وشرح المنتهى ٢/ ١٤٢).

(٥) أو ضرورة، فخرج ما لا نفع فيه كالحشرات، وما فيه منفعة محرمة كالخمر، وما فيه منفعة مباحة للحاجة كالكلب، وما فيه منفعة تباح للضرورة كالميتة.

(٦) فالمذهب، ومذهب المالكية والشافعية: لا يصح بيع الكلب؛ لحديث أبي مسعود البدري رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب، ومهر البغي، وحلوان الكاهن» متفق عليه، وهذا عام.

وفرق بعض المالكية بين الكلب المأذون فيه فيجوز بيعه، والكلب غير المأذون فيه فلا يجوز بيعه.

وعند الحنفية: يجوز بيع الكلب مطلقًا حتى العقور؛ بحجة أنه مال منتفع به.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٤٢، والفواكه الدواني ٢/ ١٣٨، والشرح الكبير =

---

[١] ساقط من/ ظ.

كَالبَغلِ والحِمَار

وبخلاف جلد ميتة ولو مدبوغًا؛ لأنه إنما يباح في يابس(١)، والعين هنا مقابل[١] المنفعة فتتناول[٢] ما في الذمة(٢) **(كالبغل والحمار)**.

= مع حاشية الدسوقي ٣/ ١١، والمغني ٦/ ٣٥٢، وكشاف القناع ٣/ ١٥٣).

في كشاف القناع ٣/ ٢٠٠: «ويحرم اقتناؤه أي الكلب، كما يحرم اقتناء خنزير، ولو لحفظ البيوت، ونحوها إلا كلب ماشية، وصيد، وحرث.. إن لم يكن أسود بهيمًا، أو عقورًا، ويجوز تربية الجرو الصغير لأجل الثلاثة... ومن اقتنى كلب صيد ثم ترك الصيد مدة، وهو يريد العود إليه لم يحرم اقتناؤه في مدة تركه الصيد... ومن مات وفي يده كلب يباح اقتناؤه فورثته أحق به».

مسألة: المذهب وهو مذهب الحنفية: يصح بيع الهر.

وعند المالكية: يصح بيع الهر لأجل الجلد.

وعند الشافعية: يصح بيع الهر الأهلي الذي ينتفع به، وهو الأقرب، ويحمل «نهي النبي ﷺ عن ثمن الهر» رواه مسلم على هر لا ينتفع به كالمتوحش. (انظر ما يأتي عند قول المؤلف: وسباع البهائم التي تصلح للصيد...).

(١) بناء على المذهب، وهو عدم طهارة جلد الميتة بالدبغ. وتقدم في باب الآنية أنه يطهر بالدبغ، وعلى هذا يجوز بيعه، واختاره شيخ الإسلام (شرح العمدة ١/ ١٢٨، والفروع ١/ ١٠١، والإنصاف ١/ ٨٩).

(٢) أي والعين في قول المصنف: «وأن تكون العين مباحة النفع»، في كشاف القناع ٣/ ١٥٢: «ظاهر كلامه هنا كغيره: أن النفع لا يصح مع أنه ذكر في حد البيع صحته، فكان ينبغي أن يقال هنا: كون المبيع مالاً أو نفعًا مباحًا مطلقًا، أويعرف المال بما يعم الأعيان والمنافع، فيجوز بيع بغل وحمار وعقار ومأكول ومشروب ومركوب؛ لأن الناس يتبايعون ذلك وينتفعون به في كل عصر من غير نكير، وقياسًا لما لم يرد به النص من ذلك على ما ورد».

---

[١] في/ ف بلفظ (مقابله).

[٢] في/ ظ بلفظ: (فيتناول).

وَدُود القز وبِزْره والفِيل وَسِبَاع البَهَائِمِ التي تَصْلُح للصَّيدِ

لأن[١] الناس يتبايعون ذلك في كل عصر من غير نكير][١].

(و) كـ (**دود القز**)؛ لأنه حيوان طاهر يقتنى لما يخرج منه(١).

(و) كـ (**بزره**)(٢) لأنه ينتفع به في المآل.

(و) كـ (**الفيل**(٣) **وسباع البهائم التي تصلح للصيد**) كالفهد والصقر؛ لأنه يباح نفعها واقتناؤها مطلقًا(٤).

---

(١) في كشاف القناع ٣/ ١٥٢: «لأنه طاهر يخرج منه الحرير الذي هو أفخر اللباس».

(٢) يقال: ما أكثر بزره أي ولده. (لسان العرب ٤/ ٥٦). فيكون المعنى: ولد الدود. وفي حاشية العنقري ٢/ ٢٨: «وبزره أي: قبل أن يدب».

(٣)

(٤) باتفاق الأئمة، لا يجوز بيع سباع البهائم والطير إذا كانت لا ينتفع بها بحال، فإن كانت ينتفع بها جاز بيعها إلا الخنزير فإنه نجس فلا يجوز الانتفاع به فكذلك لا يجوز بيعه.

فعند الحنفية: يصح بيع الكلب ولو عقوراً والفهد والفيل والقرد والسباع بسائر أنواعها حتى الهرة وكذا الطيور علمت أولا.

وعلل الزيلعي جواز بيعها؛ لجواز الانتفاع بها شرعًا، وبقبولها التعليم عادة، فالضابط عندهم: «كل منتفع به شرعًا في الحال أو في المآل وله قيمة جاز بيعه وإلا فلا».

وعند المالكية: يجوز بيع الهر والسبع لأجل الجلد، وأما لأجل اللحم فقط، أو لأجل اللحم والجلد فيكره، وهذا مبني على حكم لحم السباع عندهم.

وأما سباع الطير ذوات المخالب فلحمها مباح عندهم، لكن يكره عندهم الوطواط.

=

---

[١] ساقط من / م، ف.

إلاَّ الكَلْب

(إلا الكلب)[١] فلا يصح بيعه لقول ابن مسعود[٢]: «نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب» متفق عليه[٣]، ولا بيع آلة لهو[٤] وخمر ولو كانا

= وعند الشافعية: لا يصح بيع السباع لانتفاء النفع إذ لا يؤكل، ولا يقاتل عليه، ولا يتعلم، ولا يصلح للحمل، وما ينتفع به صح بيعه، فالفهد ينتفع به للصيد، والفيل للقتال، والقرد للحراسة، والهرة الأهلية لدفع نحو فأر، والعندليب للأنس بصوته، والطاووس للأنس بلونه.

وعند الحنابلة: ما لا يصح للصيد كالأسد والذئب والنمر والدب والرخم والحدأة والغراب الأبقع والنسر والعقعق وغراب البين لا يصح بيعها؛ لعدم النفع.

وما يصلح للصيد كالفهد والصقر والباز بأن كانت معلمة أو قابلة للتعليم يصح بيعها؛ لنفعها المباح.

ويجوز بيع القرد للحفظ لا للعب؛ لأن الحفظ من المنافع المباحة.

(تبيين الحقائق ٤/ ١٢٦، والدر المختار ٤/ ١١١، والشرح الكبير وحاشيته ٣/ ١١٠، وتحفة المحتاج ٤/ ٢٣٨، وحاشية عمير ٢/ ١٥٨، وكشاف القناع ٣/ ١٥٣).

وجمهور أهل العلم: على جواز بيع الهر؛ لأنه حيوان منتفع به، وحملوا حديث جابر رضي الله عنه: «نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب والسنور» على غير المملوك، أو على ما لا نفع فيه من الهرر. (المصادر السابقة).

(١) تقدم الكلام عليه قريبًا.

(٢) في النسَخ: «ابن مسعود» والصواب: أبو مسعود.

(٣) أخرجه البخاري ٣/ ٤٣ ـ البيوع ـ باب ثمن الكلب، ٣/ ٥٤ ـ الإجارة ـ باب كسب البغي، ٦/ ١٨٨ ـ الطلاق ـ باب مهر البغي، ٧/ ٢٨ ـ الطب ـ باب الكهانة، مسلم ٣/ ١١٩٨ ـ المساقاة ـ ح ٣٩.

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لتحريم نفعها. =

والحَشَرَات، والمُصْحَف

ذميين(١)، (**والحشرات**)(٢) لا يصح بيعها؛ لأنه لا نفع فيها إلا علقًا لمص الدم وديدانًا لصيد السمك(٣) وما يصاد عليه كبومة شباشًا(٤).

(**والمصحف**) لا يصح بيعه، ذكر[١] في «المبدع»(٥) أن الأشهر لا يجوز

= وعند أبي حنيفة: يصح بيعها؛ لإمكان الانتفاع بها، بأن تجعل ظروفًا لأشياء، ونحو ذلك من المصالح. (المصادر السابقة مع بدائع الصنائع ٥/ ١٤٤).

(١) لحديث جابر الآتي: «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والأصنام» متفق عليه.
وهذا قول جمهور أهل العلم.
وعند الحنفية: لا يمنع أهل الذمة من تبايع الخمر والخنزير، إما لإباحتها في شرعهم على قول أو لحرمتها في شرعهم، لكن يعتقدون حلها على قول. (بدائع الصنائع ٥/ ١٤٣).

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لما علل به المؤلف. و كذا عند الحنفية: ما لا ينتفع به من الحشرات لا يصح بيعه. (المصادر السابقة).

(٣) لأنه نفع مقصود، فجاز بيعها لذلك.

(٤) في حاشية العنقري ٢/ ٢٨: «قوله: كبومة شباشًا، أي: تربط عيناها وتوقف لينزل الطير فيؤخذ.
قوله: شباشًا: بالنصب مفعول لمحذوف أي تجعل شباشًا، أو مفعول له أي خيالاً، قاله في حاشية الإقناع» اهـ.

(٥) ٤/ ١٢. وهذا هو المذهب، لما استدل به المؤلف.
وعند جمهور أهل العلم: جواز بيع المصحف، لكن عند الشافعية مع الكراهة. لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾، ولما روى ابن مصبح «أنه كان يكتب المصاحف في زمان عثمان رضي الله عنه، ويبيعها ولا ينكر عليه ذلك» رواه ابن حزم ٩/ ٤٦، وضعفه. =

---

[١] في/ م بلفظ (ذكره).

. . . .

بيعه، قال أحمد: «لا نعلم في [بيع][١] المصحف رخصة».

قال ابن عمر: «وددت[٢] أن الأيدي تقطع في بيعها»(١) ولأن تعظيمه واجب وفي بيعه ابتذال له، ولايكره إبداله(٢) وشراؤه استنقاذًا(٣)، وفي كلام بعضهم يعني من كافر(٤)، ومقتضاه أنه إن كان البائع مسلمًا حرم

= ولما روي أن ابن عباس ومروان بن الحكم سُئلا عن بيع المصاحف؟ فقالا: لا نرى أن نجعله متجرًا، ولكن ما عملت بيديك فلا بأس به» رواه البيهقي ٦/ ١٦، وابن حزم ٩/ ٤٦، وضعفه؛ ولأن الذي يباع هو القرطس والمداد والأديم.

(المدونة ٤/ ٤١٨، ومواهب الجليل ٥/ ٤٢٣، والمهذب ١/ ٢٦٩، والتبيان ص ١٥٤، والفروع ٤/ ١٤، والمبدع ٤/ ١٢، والإنصاف ٤/ ٢٧٨).

(١) أخرجه عبد الرزاق ٨/ ١١٢ ـ ١١٣ ـ ح ١٤٥٢٥، ابن أبي شيبة ٦/ ٦١، ٦٢ ـ البيوع ـ ح ٢٥٠، ٢٥٥، ابن أبي داود في المصاحف ص ١٨٠ ـ ١٨١، ابن حزم في المحلى ٩/ ٤٥ ـ من عدة طرق عن أبي محمد سالم بن عجلان الأفطس عن سعيد بن جبير عن عبد الله بن عمر، وإسناده صحيح، وصححه ابن حزم في المحلى ٩/ ٤٧، ٥١، وأخرجه ابن أبي داود في المصاحف ص١٨٠ ـ من طريق نافع عن عبد الله بن عمر. وأخرجه البيهقي ٦/ ١٦ ـ من طريق سالم بن عبد الله عن أبيه عبد الله بن عمر.

(٢) ولو مع أحدهما دراهم زيادة، ولو كانت المبادلة بيعًا، فإنما أجازها أحمد؛ لأنها لا تدل على الرغبة عنه، والاستبدال به بعوض الدنيا.

(٣) أي لا يكره شراؤه من كافر، أو ممن هو مستخفٌّ به.

(٤) أي بشرط الاستنقاذ لا مطلقًا، ويدخل المصحف في ملك الكافر بالإرث، والرد عليه لنحو عيب، وبالقهر، وغير ذلك، ويلزم بإزالة يده عنه. (التنقيح ص١٦٩).

---

[١] ساقط من / هـ.

[٢] في/ س بلفظ (وردت).

. . . .

الشراء منه لعدم دعاء الحاجة إليه[1] بخلاف الكافر، ومفهوم «التنقيح»[2] و«المنتهى»[3] يصح بيعه لمسلم.

(والميتة)[4] لا يصح بيعها لقوله ﷺ: «**إن الله حرم بيع الميتة والخمر**

---

(١) أي إلى الاستنقاذ.

(٢) التنقيح ص (١٦٩).

(٣) المنتهى مع شرحه (١٤٣).

(٤) قال ابن قدامة كما في المغني ٦/ ٣٥٨: «ولا يجوز بيع الخنزير، ولا الميتة، ولا الدم، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على القول به، وأجمعوا على تحريم الميتة والخمر».

وعلة النهي عن بيع الميتة عند الحنفية: انتفاء المالية.

وعند الجمهور نجاسة العين.

وعند جمهور أهل العلم: لا يصح بيع الميتة ولا شيء منها، لما استدل به المؤلف، ولقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾، ولحديث عبد الله بن عكيم مرفوعًا: «**لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب**» رواه الترمذي وحسنه.

وعند الحنفية: أن جلد الميتة قبل الدبغ لا يجوز بيعه، وبعد الدبغ يجوز بيعه لطهارته بالدبغ، وكذا يجوز بيع عظم الميتة وريشها ووبرها وقرنها وحافرها وعظمها لطهارة هذه الأشياء، إذ القاعدة عندهم: «أن كل شيء لا يسري فيه الدم لا ينجس بالموت» ولأن حرمة الميتة ليس لموتها فإن الموت موجود في السمك والجراد وهما حلالان، بل لما فيها من الرطوبات السيالة والدماء النجسة، ولهذا يطهر جلد الميتة بالدبغ.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٤٢، والدر المختار ٤/ ١١٤، والشرح الكبير للدردير ٣/ ١٠، وشرح المنهج بحاشية الجمل ٣/ ٢٢، وكشاف القناع ٣/ ١٥٥). =

. . . .

والسِّرْجِين النَّجِس

والأصنام»[١] متفق عليه(١)، ويستثنى منها السمك والجراد(٢) (و) لا (**السرجين [النجس]**[٢])(٣) لأنه كالميتة، وظاهره أنه يصح بيع الطاهر

= وعند شيخ الإسلام: طهارة جلد الميتة المدبوغ، وكذا أجزاء الميتة التي لا رطوبة فيها كالشعر والعظم والقرن والظفر ونحوه، وكذا لبن الميتة وأنفحتها، فيجوز بيعها.

(مجموع الفتاوى ٢١/ ٩٠-١٠٢، ١٠٤، و٣٥/ ١٥٤).

(١) أخرجه البخاري ٣/ ٤٣ - البيوع - باب بيع الميتة والأصنام، ٥/ ٩٥ المغازي، مسلم ٣/ ١٢٠٧ - المساقاة - ح ٧١ - من حديث جابر بن عبد الله.

(٢) أي لا يستثنى من الميتة ميتة السمك والجراد، ونحوهما من حيوانات البحر التي لا تعيش إلا فيه؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعًا: «**أحلت لنا ميتتان ودمان، أما الميتتان فالجراد والحوت، وأما الدمان فالطحال والكبد**» رواه أحمد وابن ماجه، وقال الحافظ في البلوغ ص ٥: «وفي إسناده ضعف» وسمي جرادًا؛ لأنه يجرد الأرض بأكل نباتها.

(٣) فيجوز بيع الطاهر، دون السرجين النجس.

وعند الشافعية: لا يجوز بيعه مطلقًا سواء كان طاهرًا أو نجسًا.

وهذا هو المذهب ومذهب المالكية؛ لما علل به المؤلف.

وعند أبي حنيفة: يجوز بيعه مطلقًا للانتفاع به.

وأهل الكوفة يتبايعونه من غير نكير.

(حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٤٦، والدسوقي ٣/ ١٠، وروضة الطالبين ٣/ ٣٤٨، وكشاف القناع ٣/ ١٦٥٦).

---

[١] في/ ف بلفظ (والأنصاب).

[٢] ساقط من/ س.

والأَدْهَان النَّجِسَة وَلاَ مُتَنَجِّسَة

منه[١]، قاله في «المبدع»[٢]، (و) لا (**الأدهان النجسة**[٣] **ولا**[[١]] **المتنجسة**)[٤] لقوله ﷺ: «**إن الله إذا حرم شيئًا حرم ثمنه**»[٥]، وللأمر بإراقته[٦].

---

(١) كروث الإبل والبقر والغنم، وسائر ما يؤكل لحمه.

(٢) ٤/ ١٢.

(٣) أي ما كانت عينه نجسة كشحم الميتة؛ لما من حديث جابر مرفوعًا: «**إن الله حرم بيع الميتة...**» الحديث متفق عليه.

(٤) الدهن المتنجس: ما كان طاهرًا في عينه، لكن طرأت عليه النجاسة فالمذهب وهو قول الجمهور: عدم جواز بيعه قياسًا على شحم الميتة.

وفي رواية عن الإمام مالك، وقال بعض الشافعية: أنه يصح بيعه إذا أمكن تطهيره.

(الدر المختار ٤/ ١١٤، والشرح الكبير وحاشيته ٣/ ١٠، وتحفة المحتاج ٤/ ٢٣٥، وشرح المنتهى ٢/ ١٤٣).

(٥) أخرجه أبو داود ٣/ ٧٥٨ ـ البيوع ـ باب في ثمن الخمر والميتة ـ ح ٣٤٨٨، الشافعي في السنن ١/ ٣٤٦ ـ ح ٢٦٦، أحمد ١/ ٢٤٧، ٢٩٣، ٣٢٢، الدارقطني ٣/ ٧ ـ البيوع ـ ح ٢٠، الطبراني في الكبير ١٢/ ٢٠٠ ـ ح ١٢٨٨٧، ابن عبد البر في التمهيد ٩/ ٤٤، البيهقي ٦/ ١٣ ـ البيوع ـ باب تحريم بيع ما يكون نجسًا، ٩/ ٣٥٣ ـ الضحايا ـ باب من قال لا يجوز بيع مانجس منه ـ من طريق خالد الحذاء عن بركة أبي الوليد، عن ابن عباس، وسند أبي داود صحيح، رواته ثقات محتج بهم.

(٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إذا وقعت الفأرة في السمن، فإن كان جامدًا فألقوها وما حولها، وإن كان مائعًا فلا تقربوه**» رواه أحمد وأبو داود وقد حكم عليه البخاري وأبو حاتم بالوهم. وثبت في صحيح البخاري من حديث ميمونة رضي الله عنها: «أن فأرة وقعت في سمن فماتت، فسُئل النبي ﷺ عنها، فقال: «**ألقوها، وما حولها وكلوه**».

---

[٣] في/ ف بلفظ (فظاهره).

[٤] في/ ف بلفظ (والمتنجسة).

وَيَجُوزُ الاسْتِصبَاحُ بِهَا في غَيْرِ مَسْجِدٍ.

(**ويجوز الاستصباح بها**) أي بالمتنجسة على وجه لا تتعدى نجاسته(١) كالانتفاع بجلد[١] الميتة المدبوغ(٢) (**في غير مسجد**) لأنه يؤدي إلى تنجيسه(٣)، ولا يجوز الاستصباح[٢] بنجس العين(٤).

---

(١) لأنه أمكن الانتفاع بها من غير ضرر.

قال شيخ الإسلام كما في مجموع الفتاوى ٢٤/ ٢٧٠: «وأما التداوي بالتلطخ به ـ أي شحم الخنزير ـ ثم يغسله بعد ذلك، فهذا ينبي على جواز مباشرة النجاسة في غير الصلاة، وفيه نزاع مشهور، والصحيح يجوز للحاجة كما يجوز استنجاء الرجل بيده، وإزالة النجاسة بيده، وما أبيح للحاجة جاز التداوي به، كما يجوز التداوي بلبس الحرير على أصح القولين، وما أبيح للضرورة كالمطاعم الخبيثة فلا يجوز التداوي بها، كما لا يجوز التداوي بشرب الخمر، لا سيما على قول من يقول: إنهم كانوا ينتفعون بشحوم الميتة في طلي السفن، ودهن الجلود، والاستصباح به، وأقرهم النبي ﷺ على ذلك، وإنما نهاهم عن ثمنه» وانظر أيضًا زاد المعاد ٥/ ٧٥٠ـ٧٥٣.

(٢) أي في اليابسات بناء على عدم طهارته، وهو المذهب، وتقدم قريبًا.

(٣) بناء على طهارة النجاسة بالاستحالة، وتقدم في باب إزالة النجاسة، وأن مذهب الظاهرية، واختيار شيخ الإسلام طهارة النجاسة بالاستحالة.

(٤) باستصباح، ولا غيره، وهو المذهب (شرح المنتهى ٢/ ١٤٣)؛ لحديث جابر رضي الله عنه، وفيه: «أرأيت شحوم الميتة، فإنها تطلى بها السفن، وتدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ فقال: **لا هو حرام**» متفق عليه.

وتقدم اختيار شيخ الإسلام جواز الانتفاع بالنجس والمتنجس، ومذهب الشافعية: جواز الانتفاع بالنجاسة في غير الأكل. (فتح الباري ٩/ ٦٦٩).

وقوله ﷺ: «**هو حرام**» يعود على البيع المسئول عنه، دون الانتفاع كما اختاره شيخ الإسلام رحمه الله (زاد المعاد ٧/ ٧٤٩).

---

[١] في/ م، ف بلفظ (بجلود).

[٢] في/ م، ف بلفظ (استصباح).

وَأنْ يَكُونَ منْ مّالكٍ أوْ مَن يَقُومُ مَقَامَه

[١ ولا يجوز بيع سم قاتل(١).

(و) الشرط الرابع (أن يكون) العقد]١ (من مالك) للمعقود عليه (أو من يقوم مقامه) كالوكيل والولي(٢) لقوله عليه السلام لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» رواه ابن ماجه والترمذي و صححه(٣)، وخص منه

---

(١) في حاشية العنقري ٢/ ٣٠: «ولا يجوز بيع سم، أي سم الأفاعي، وأما السم من الحشائش والنبات، فإن كان لا ينتفع بها، وكان يقتله قليله لم يجز بيعه، وإن انتفع به وأمكن التداوي بيسيره كالسقمونيا جاز بيعه.
والسقمونيا: نبات يستخرج من تجاويف رطبة رقيقة دبقة، ويجفف، وتدعى باسم نباتها أيضًا. . . » اهـ.

(٢) أي كالوكيل، وولي الصغير، وناظر الوقف، وهذا الشرط متفق عليه بين الأئمة من حيث الجملة (انظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٤٦، والفروق ٣/ ٢٤٠، والقليوبي ٢/ ١٦٠، وكشاف القناع ٣/ ١٦٠).

(٣) أخرجه أبو داود ٣/ ٧٦٩ - البيوع والإجارات - باب في الرجل يبيع ما ليس عنده - ح ٣٥٠٣، الترمذي ٣/ ٥٢٥ - البيوع - باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك - ح ١٢٣٢، ١٢٣٣، ابن ماجه ٢/ ٧٣٧ - التجارات - باب النهي عن بيع ما ليس عندك - ح ٢١٨٧، النسائي ٧/ ٢٨٩ - البيوع - باب بيع ما ليس عند البائع - ح ٤٦١٣، أحمد ٣/ ٤٠٢، ٤٠٣، ٤٣٤، الشافعي في السنن ١/ ٣٢٦ - ح ٢٣٠، عبد الرزاق ٨/ ٣٨ - ح ١٤٢١٢، الطيالسي ص ١٨٧، ١٩٣ - ح ١٣١٨، ١٣٥٩، ابن أبي شيبة ٦/ ١٢٩ - البيوع - ح ٥٤٠، ابن حبان كما في الإحسان ٧/ ٢٢٨، ٢٢٩ - ح ٤٩٦٢، ٤٩٦٤، ابن الجارود في المنتقى ص ٢٠٦ - ح ٦٠٢، الطبراني في الكبير ٣/ ٢١٧ - ٢١٩ - ح ٣٠٩٧ - ٣١٠٥، وفي الصغير ٢/ ٤، ابن حزم في المحلى ٨/ ٥١٩، البيهقي ٥/ ٢٦٧، ٣١٧، ٣٣٩، الخطيب البغدادي في الموضح ١/ ٤٣٨، ٤٣٩. الحديث صحيح، وصححه الترمذي وابن حبان وابن حزم.

---

[١] ساقط من/ ف.

فَإن بَاعَ مِلْكَ غَيْرِه أَو اشْتَرَى بِعَينِ مَالِه

المأذون لقيامه[١] مقام[٢] المالك، (**فإن باع ملك غيره**) بغير إذنه لم يصح(١)، ولو مع حضوره وسكوته ولو أجازه المالك ما لم يحكم به من يراه(٢) (**أو اشترى بعين**[٣] **ماله**) أي مال غيره.

---

(١) وهذا هو المذهب، وأحد قولي الشافعي؛ لحديث حكيم بن حزام الذي أورده المؤلف، ولحديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما مرفوعًا: «**لايحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ما ليس عندك**» رواه الترمذي، وقال: حسن صحيح.

ولأنه باع ما لا يقدر على تسليمه فلم يصح كبيع الآبق والسمك في الماء.

وعند الحنفية والمالكية: يصح بيع الفضولي بالإجازة؛ لقوله تعالى: ﴿**وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى**﴾ وفي هذا إعانة لأخيه، ولحديث عروة بن أبي الجعد البارقي أن النبي ﷺ: «أعطاه دينارًا ليشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار فجاء بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه...» رواه البخاري، ولو كان البيع باطلاً لرده النبي ﷺ، ولأنه لا ضرر فيه على المالك لتخييره، وهذا القول هو الأقرب وهو اختيار شيخ الإسلام، فيكون بيع الفضولي مستثنى من أدلة الرأي الأول.

واشترط الحنفية لصحة بيع الفضولي: بقاء البائع والمشتري، وبقاء الثمن إن كان عرضًا، وبقاء المعقود له مع علمه بحال المبيع حال الإجازة من وجوده أو عدمه، وبقاء المعقود عليه بلا تغير، وأن لا يبيع الفضولي الشيء على أنه لنفسه، واشترط المالكية: أن يكون المالك حاضرًا في البلد أو غائبًا عنه غيبة قريبة، وأن يكون في غير الوقف، وفي غير الصرف.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٤٦، وحاشية ابن عابدين ٤/ ١٠٦، والفروق للقرافي ٣/ ٢٤٠، والقليوبي ٢/ ١٦٠، وكشاف القناع ٣/ ١٦٠).

(٢) كحنفي ومالكي لم ينقض لقوة الدليل.

---

[١] في/ س بلفظ: (القيام).

[٢] في/ ف بلفظ: (مقامه).

[٣] في/ م، ف بلفظ: (بعيب).

بِلا إِذْنِهِ لَمْ يَصِح وَإِن اشْتَرىٰ لَهُ في ذِمتِه بِلاَ إِذْنِه وَلَمْ يُسَمِّهِ فِي العَقْدِ صَحَّ لَهُ

(**بلا إذنه لم يصح**)[1] ولو أجيز لفوات شرطه، (**وإن اشترى له**) أي لغيره (**في ذمته**[2] **بلا إذنه ولم يسمه في العقد صح**) العقد لأنه متصرف في ذمته وهي قابلة للتصرف، ويصير ملكًا لمن الشراء (**له**) من حين العقد[3].

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعي؛ لما علل به المؤلف.
وعند المالكية: أن شراء الفضولي كبيعه يتوقف على الإجازة، إلحاقًا للشراء بالبيع.
وعند الحنفية: إن لم يضف الشراء لأحد ينفذ على المشتري، وإن أضافه لأحد فيتوقف على الإجازة. (المصادر السابقة).

(٢) في حاشية العنقري ٢/ ٣١: «قوله: وإن اشترى له في ذمته... إلخ، فلا يصح مع عدم الإذن إلا في هذه الصورة».
وفي كشاف القناع ٣/ ١٥٨: «وإن اشترى لغيره شيئًا في ذمته بغير إذنه صح إن لم يسم المشتري من اشترى له في العقد، بأن قال: اشتريت هذا ولم يقل لفلان فيصح العقد سواء نقد المشتري الثمن من مال الغير الذي اشترى له أو لا، بأن نقده من مال نفسه أو لم ينقده بالكلية؛ لأنه متصرف في ذمته، وهي قابلة للتصرف».
وفي حاشية العنقري ٢/ ٣١: «فائدة: يصح التصرف الفضولي بشرطين: أن يشتري في الذمة، وأن لا يسمى المشترى له...». وتقدم صحة التصرف الفضولي مطلقًا.

(٣) أي فمنافعه ونماؤه له. (المصدر السابق).

. . . .

بالإِجَازَةِ وَلَزِمَ المُشْتَرِي يعَدمها ملْكًا ، ولا يُبَاع غيْرَ المَسَاكِنِ مِمَّا فُتِحَ عَنْوَةً كَأَرْضِ الشَّام وَمِصْرَ والعِرَاقِ

(**بالإِجازة**) لأنه اشترى لأجله ونزّل المشتري نفسه منزلة الوكيل ، فملكه من اشترى له كما لو أذن ، (**ولزم**) العقد (**المشتري يعدمها**) أي عدم الإجازة[١] ؛ لأنه لم يأذن فيه ، فتعين كونه للمشتري (**ملكًا**) كما لو لم ينو غيره[٢] ، وإن سمي في العقد من اشترى له لم يصح[٣] .

وإن باع ما يظنه لغيره فبان وارثًا أو وكيلاً صح[٤] .

(**ولا يباع غير المساكن مما فتح عنوة**[٥] **كأرض الشام ومصر والعراق**)[٦] وهو قول عمر وعلي وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ؛

---

(١) فيقع الشراء له من حين العقد .
(٢) أي غير نفسه ، ومتى لم ينو غير نفسه ، وقع الملك له .
(٣) لفوات شرطه ، وهو الملك أو الإذن ، وهو المذهب .
وقيل : حكمه حكم ما إذا لم يسمه .
(انظر : قواعد ابن رجب الفائدة العشرون ، والإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ٥٨) .
(٤) وذلك كموت أبيه وهو وارثه ، أو توكيله ؛ لأن الاعتبار في المعاملات بما في نفس الأمر ، لا بما في ظن المكلف .
وانظر القاعدة (٦٥) من قواعد ابن رجب : «من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه ، فتبين أنه يملكه» .
(٥) أي قهرًا وغلبة ، ولم يقسم .
(٦) وهذا هو المذهب ، وهو قول جمهور أهل العلم ؛ لما استدل به المؤلف .
وعند الحنفية ، وبه قال الثوري وابن سيرين ، يجوز بيعها وشراؤها ، لما روى عن عبد الرحمن بن زيد : «أن ابن مسعود اشترى من دهقان أرضًا على أن يكفيه خراجها» .
=

. . . .

لأن عمر رضي الله عنه وقفها على المسلمين.

وأما المساكن فيصح بيعها[1]؛ لأن الصحابة اقتطعوا الخطط في الكوفة والبصرة في زمن عمر وبنوها مساكن وتبايعوها من غير نكير[2]، ولو كانت

= (أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٥٢٨، وفتح القدير ٤/ ٣٠٣، وأحكام القرآن للقرطبي ٨/ ٤، و١٨/ ٢٣، والشرح الكبير للدردير وحاشيته ٢/ ١٨٩، والأم ٤/ ١٩٢، و٧/ ٣٢٥، والوجيز ١/ ٢٨٨، وشرح المنتهى ٢/ ١٤٣، ونيل الأوطار ٨/ ١١).

وقال شيخ الإسلام كما في مجموع الفتاوى ٢٨/ ٥٨٨: «ولا يجوز رفع أيدي المسلمين الثابتة على حقوقهم بما ذكر، إذ الأرض الخراجية كالسواد وغيره نقلت من الخراج إلى المقاسمة، كما فعل أبو جعفر المنصور بسواد العراق وأقرت بيد أهلها، وهي تنتقل عن أهلها إلى ذريتهم وغير ذريتهم بالإرث والوصية والهبة، وكذلك البيع في أصح قولي العلماء، إذ حكمها بيد المشتري كحكمها بيد البائع، وليس هذا تبعًا للوقف الذي لا يباع ولا يوهب ولا يورث كما غلط في ذلك من منع بيع أرض السواد معتقداً أنها كالوقف الذي لا يجوز بيعه، مع أنه يجوز أن يورث ويوهب إذ لا خلاف في هذا...».

وانظر: ٢٩/ ٢٠٤، ٢٠٦، و٣١/ ٢٣١ من مجموع الفتاوى.

وقال شيخ الإسلام أيضًا: «معنى وقفها: إقرارها على حالها، وضرب الخراج عليها مستمراً في رقبتها، وليس معناه الوقف الذي يمنع من نقل الملك في الرقبة...».

(١) ما زالت عامرة، وإن عادت مساكن فلها حكمها.

(٢) وكبيع غرس محدث فيها.

. . . .

. . . .

آلتها من أرض العنوة(١) أو كانت موجودة حال الفتح(٢)، وكأرض العنوة في ذلك ما جلوا عنه فزعًا منا، وما صولحوا [على[١]] أنه[٢] لنا ونقره معهم بالخراج(٣)، بخلاف ما صولحوا على أنها لهم «كالحيرة»(٤). و«أُلَّيس»(٥) و«بانقياء»(٦) وأرض «بني صُلُوبا»(٧) من أراضي العراق

---

(١) أي يصح بيع المساكن، ولو كانت آلتها ـ كالحجارة والطين ـ التي بنيت بها من أرض العنوة.

(٢) أي المساكن لجريان ذلك في زمن الصحابة من غير نكير.

(٣) أي حكمه حكم أرض العنوة على المذهب، من عدم جواز بيع المزارع، وجواز بيع المساكن.

(٤) الحيرة: بكسر الحاء، مدينة على ثلاثة أميال من الكوفة، وهو المكان الذي تعاقب عليه ملوك العرب. (معجم البلدان ٢/ ٣٢٨).

(٥) بضم الهمزة، وتشديد اللام المفتوحة، مصغر بوزن فُليس، وهو بوزن سكيت الموضع الذي كانت فيه الوقعة بين المسلمين والفرس في أول أرض العراق من ناحية البادية. وفي كتاب الفتوح: هي قرية من قرى الأنبار. (معجم البلدان ١/ ٢٤٨).

(٦) بكسر النون ناحية من نواحي الكوفة خرج إليها إبراهيم عليه السلام ومعه ابن أخيه لوط عليه السلام وكان معه غنم، واسمها بالنبطية نقيا، فسكن قرب الكوفة فسميت بانقيا. (معجم البلدان ١/ ٣٣١).

(٧) بضم الصاد واللام، هو صاحب بانقيا، وهو الذي كتب له خالد بن الوليد كتابًا على أن له ولقومه الأمان مقابل أن يدفعوا الجزية، وكان ذلك سنة ١٣هـ. (معجم البلدان ١/ ٣٣٢).

---

[١] ساقط من / ف.

[٢] في/ م، ف بلفظ: (أنها).

بلْ تؤجَّرْ

فيصح بيعها كالتي أسلم أهلها عليها كالمدينة(١)، (**بل**) يصح [أن][١] (**تؤجر**) أرض العنوة ونحوها(٢)؛ لأنها مؤجرة في أيدي أربابها بالخراج المضروب عليها في كل عام وإجارة المؤجرة جائزة(٣).

ولا يجوز بيع رباع[٢] مكة(٤) ولا إجارتها(٥) لما روى سعيد بن منصور

---

(١) فإنها ملك لأربابها، وكذا ما فتح عنوة وقسم بين الغانمين كنصف خيبر.

(٢) كالأرض التي جلا أهلها عنها فزعًا، أو صولحوا على أنها لنا، ونقرها معهم بالخراج.

(٣) لفعل عمر رضي الله تعالى عنه، ولم يقدر مدة الإجارة.

(٤) الرباع: جمع رَبْع، وهو المنزل، والمحلة، ودار الإقامة (النهاية ٢/ ٦٤).

(٥) وهذا هو المذهب: لما استدل به المؤلف، ولقوله تعالى: ﴿**وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ الَّذِي جَعَلْنَاهُ لِلنَّاسِ سَوَاءً الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ**﴾ فلا يختص به أحد دون أحد، ولحديث عائشة رضي الله عنها، قالت: يا رسول الله: ألا نبني لك بمنى بيتًا أو بناء يظللك من الشمس؟ فقال: «**إنما هو مناخ من سبق إليه**» رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه، وابن ماجه.

ونوقش: بحمله على موات الحرم.

وعند الحنفية والمالكية والشافعية: يجوز بيع رباع مكة وإجارتها، لكن عند الحنفية: كراهة الإجارة.

واستدلوا: بقوله تعالى: ﴿**لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِن دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ**﴾ فالله تعالى أضاف الدور للمهاجرين، فدل على أنها ملكهم ولحديث أسامة، وفيه قوله ﷺ: «**وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور**» متفق عليه، وهذا إمضاء منه ﷺ لبيع عقيل، ولأن نافع بن الحارث اشترى من =

---

[١] ساقط من / م، ف.

[٢] في/ ف بلفظ: (أرباع).

. . . .

عن مجاهد مرفوعًا: «**رباع مكة حرام بيعها، حرام إجارتها**»[١].

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا: «**مكة لا تباع رباعها ولا تكرى**[٢] **بيوتها**» رواه الأثرم[٣]، فإن سكن بأجرة لم يأثم بدفعها، جزم

= صفوان بن أمية دار السجن لعمر بن الخطاب. رواه عبد الرزاق ٥/ ١٤٨، والبيهقي ٦/ ٣٤، ولأن حكيم بن حزام باع دار الندوة على معاوية بمائة ألف. رواه البيهقي.

وعند شيخ الإسلام وابن القيم رحمهما الله: يجوز البيع، ولا يجوز التأجير؛ لأن البيع وارد على المحل الذي كان البائع أخص به من غيره، وهو البناء، وأما الإجارة فترد على المنفعة وهي مشتركة، ونظير ذلك: المكاتب يجوز بيعه ويصير مكاتبًا عند مشتريه، ولا يجوز له إجارته إذ فيها إبطال منافعه وأكسابه التي ملكها بعقد الكتابة. (حاشية ابن عابدين ٦/ ٣٩٣، ومقدمات ابن رشد ٢/ ٦٦٧، والمجموع ٩/ ٢٤٨، والإنصاف ٤/ ٢٨٩، والمحلى ٧/ ٢٦٣، ومجموع الفتاوى ٢٩/ ٢١٢، وزاد المعاد ٣/ ٤٣٧).

(١) أخرجه الأزرقي في أخبار مكة ٢/ ١٦٣، أبو عبيد في الأموال ص ٧١ - ح ١٦١، ابن زنجويه في الأموال ١/ ٢٠٤ - ح ٢٤٣ - من طريق الأعمش عن مجاهد مرسلاً، ومراسيل مجاهد غير مقبولة، وعزاه الزيلعي والسيوطي لابن أبي شيبة في المصنف. انظر: نصب الراية ٤/ ٢٦٦، الدر المنثور ١/ ١٢٢.

(٢) أي تستأجر، ومنه الكراء، وهو أجر المستأجرة. (تاج العروس ٢٠/ ١٢٢).

(٣) أخرجه أبو يوسف في الآثار ص ١١٦ - ١١٧ - ح ٥٤٤، الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ٤٨ - البيوع - باب بيع أرض مكة، العقيلي في الضعفاء ١/ ٧٣، الدارقطني ٣/ ٥٧ - ٥٨، ابن عدي في الكامل في ضعفاء الرجال =

. . . .

وَلاَ يَصِحُّ بَيعُ نَقْعِ البِئْرِ

به في «المغني»[(١)] وغيره[(٢)].

(ولا يصح بيع نقع البئر) وماء العيون لأن ماءها[(٣)] لا يملك؛

= ١/ ٢٨٥، الحاكم ٢/ ٥٣ ـ البيوع، البيهقي ٦/ ٣٥ ـ البيوع ـ باب ما جاء في بيع دور مكة، الطبراني في الكبير كما في مجمع الزوائد ٣/ ٢٩٧ ـ من عدة طرق عن عبد الله بن عمرو، وفي بعضها رواية إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر عن أبيه، وإسماعيل هذا ضعيف لا يحتج به، وقد اختلفت الرواية عليه، فمرة رواه عن أبيه عن مجاهد عن عبد الله بن باباه عن عبد الله بن عمرو، ومرة رواه عن أبيه عن مجاهد عن عبد الله بن عمرو، وجاء في بعض الطرق رواية عبيد الله بن أبي يزيد عن أبي نجيح عن عبد الله بن عمرو مرفوعًا. قال الدارقطني: وهذا وهم، إنما هو عبيد الله بن أبي زياد القداح، والصحيح أنه موقوف.

(١) ٦/ ٣٦٦.

(٢) في الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ٧٣: «على الصحيح من الروايتين جزم به المصنف ـ ابن قدامة ـ والشارح.

وعنه ـ أي الإمام أحمد ـ إنكار عدم الدفع؛ جزم به القاضي لالتزامه، وقال أحمد: لا ينبغي لهم أخذه... وقال الشيخ تقي الدين: هي ساقطة يحرم بذلها، ومن عنده فضل نزل به لوجوب بذله، وإلا حرم».

(٣) المياه تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

الأول: المياه العامة كمياه البحار والأنهار والوديان ونحوها، فهذه لا تملك لما استدل به المؤلف.

الثاني: المياه المحازة بالظروف والأواني، فهذه تملك؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**لأن يحتطب أحدكم حزمة حطب على ظهره خير له من أن يسأل أحدًا فيعطيه أو يمنعه**» متفق عليه. (زاد المعاد ٥/ ٧٧٩).

....

. . . .

لحديث: «**المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء والكلأ والنار**» رواه أبو داود وابن ماجه[1].

= الثالث: نقع البئر، أي نبعها، وكذا ما يجتمع في ملكه من مياه الأمطار ونحوها، فالمذهب لا يجوز بيعه وهو مذهب أبي حنيفة خلافًا لمالك والشافعي: أنه لا يملكه.

وهو أحق به؛ لما استدل به المؤلف، ولحديث إياس ابن عبد رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيع فضل الماء» رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه والنسائي.

ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: «**لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلأ**» متفق عليه، ولمسلم: «**لا يباع فضل الماء ليباع به الكلأ**». (انظر: مجموع الفتاوى ٢٩/ ٢١٨).

(١) أخرجه أبو داود ٣/ ٧٥٠-٧٥١-البيوع والإجارات-باب في منع الماء-ح ٣٤٧٧، أحمد ٥/ ٣٦٤، ابن أبي شيبة ٧/ ٣٠٤-البيوع والأقضية-باب حمى الكلأ وبيعه-ح ٣٢٤٥، ابن عدي في الكامل في ضعفاء الرجال ٢/ ٨٥٧، أبو عبيد في الأموال ص ٣٠٦-ح ٧٢٩، ابن زنجويه في الأموال ٢/ ٦٥٩-٦٦٠-ح ١٠٨٩، البيهقي ٦/ ١٥٠-إحياء الموات-باب ما لا يجوز إقطاعه من المعادن-من طريق حريز بن عثمان عن أبي خداش حبان بن زيد الشرعبي عن رجل من أصحاب النبي ﷺ مرفوعًا، وإسناد أحمد وأبي داود وابن أبي شيبة صحيح.

وأخرجه ابن ماجه ٢/ ٨٢٦-الرهون-باب المسلمون شركاء في ثلاث-ح ٢٤٧٣-من حديث أبي هريرة، وإسناده صحيح، صححه البوصيري والحافظ ابن حجر.

انظر: مصباح الزجاجة ٣/ ٨١، التلخيص الحبير ٣/ ٦٥، وأخرجه ابن ماجه ٢/ ٨٢٦-ح ٢٤٧٢، الطبراني في الكبير ١١/ ٨٠-ح ١١١٠٥، ابن عدي في الكامل في ضعفاء الرجال ٤/ ١٥٢٥-من حديث عبد الله بن عباس، وفي الإسناد عبد الله بن خراش وهو ضعيف لا يحتج به.

. . . .

وَلا مَا يَنْبُتُ فِي أَرْضِهِ مِنْ كَلأٍ وَشَوْكٍ

بل رب الأرض أحق به من غيره(١)؛ لأنه[١] في ملكه، (**ولا**) يصح بيع (**ما ينبت في أرضه من كلأ وشوك**) لما تقدم(٢) وكذا معادن

---

(١) قال ابن القيم في زاد المعاد ٥/ ٨٠٠: «فإن قيل: فلو اتخذ في أرضه المملوكة له حفرة يجمع فيها الماء، أو حفر بئرًا، فهل يملكه بذلك، ويحل له بيعه؟ قيل: لا ريب أنه أحق به من غيره... وما فضل عن حاجته وحاجة بهائمه وزرعه، واحتاج إليه آدمي مثله أو بهائمه بذله بغير عوض».

وقال ابن رجب في القاعدة (٨٥): «وهو - أي صاحب الأرض - مقدم على غيره بذلك، إذ لا يلزم أن يبذل من الماء إلا الفاضل عن حوائجه...».

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص (١٢٣): «ومن ملك ماء نابعًا كبئر محفورة في ملكه، أو عين ماء في أرضه فله بيع البئر والعين جميعًا، ويجوز بيع بعضها مشاعًا كإصبع أو إصبعين من قناة، وإن كان أصل القناة في أرض مباحة فكيف إذا كان أصلها في أرضه» اهـ.

(٢) من قوله ﷺ: «**الناس شركاء في ثلاث...**» فالكلأ والشوك، ونحوهما ثلاثة أقسام:

الأول: أن يكون في أرض مباحة، فمن سبق إليه، فهو أحق به.

الثاني: أن يكون في ملكه، فحكمه حكم نقع البئر، أنه لا يملكه لكنه أحق به، فلا يباع، وهو المذهب ومذهب أبي حنيفة، خلافًا لمالك والشافعي. (انظر: مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ٢٩/ ٢١٨، ٢١٩).

الثالث: أن يحوزه فيملكه؛ لما تقدم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

---

[١] في بعض المطبوعات بزيادة لفظ: (صار).

ويملكه آخِذُهُ

جارية(١) كنفط وملح، وكذا لو عشش في أرضه طير لأنه لا يملكه[١] به فلم يجز [بيعه[٢]](٢) (**ويملكه آخذه**)[٣] لأنه من المباح(٣).

لكن لا يجوز دخول ملك غيره بغير إذنه(٤)، وحرم منع مستأذن بلا

= وقال شيخ الإسلام كما في الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ٨٠: «ويجوز بيع الكلأ ونحوه الموجود في أرضه إذا قصد استنباته».

والكلأ: بالهمز، العشب، رطبًا كان أو يابسًا.

(١) الجاري: كل ما أخذ منه شيء خلفه غيره؛ لحديث: «**الناس شركاء في ثلاث...**» والجاري ملحق بالماء، بخلاف الجامد. قال ابن القيم في زاد المعاد ٥/ ٨٠٢: «وفي معنى الماء المعادن الجارية في الأملاك كالقار والنفط والموميا، والملح».

(٢) أي لا يملكه بمجرد وجوده في أرضه، فلم يصح بيعه.

(٣) أي يملك آخذه ما نبت في أرض الغير من كلأ وشوك ونحوه بحوزه؛ لأنه من المباح أخذه بالشرع.

(٤) استدراك من قوله: «ويملكه آخذه» أفاد المنع من دخول أرض الغير، لأجل ما ذكر بلا إذنه وهو مقيد بما إذا كانت الأرض محوطة أما إذا لم تكن فلا منع. (حاشية العنقري ٢/ ٣٥).

قال ابن القيم في زاد المعاد ٥/ ٨٠٤: «فالصواب: أنه يجوز له دخولها، وقد يتعذر عليه غالبًا استئذان مالكها، وقد يكون احتاج إلى الشرب وسقي بهائمه، ورعي الكلأ، ومالك الأرض غائب، فلو منعناه من دخولها إلا بإذنه كان في ذلك إضرار ببهائمه» ثم ذكر أن الاستئذان يكون للبيوت المسكونة. =

---

[١] في/ س بلفظ: (لم يملكه).

[٢] ساقط من/ ف.

[٣] في/ هـ بلفظ: (آخذ).

وَأَنْ يَكُونَ مَقْدُورًا عَلَىٰ تَسْلِيمِهِ

ضرر(١).

(و) الشرط الخامس: **(أن يكون)** المعقود عليه **(مقدورًا على تسليمه)**(٢) لأن ما لا يقدر[١] على تسليمه شبيه بالمعدوم فلم يصح بيعه.

= وفي كشاف القناع ٣/ ١٦١: «والطلول التي تجتنى منها النحل إذا كانت على نبت مملوك ككلأ في الإباحة وأولى بالإباحة من الكلأ... ولا حق أي لا عوض على أهل النحل لأن الأرض يجنى منها، قال الشيخ: «لأن ذلك لا ينقص من ملكهم شيئًا، ولا يكاد يجتمع منها ما يعد شيئًا إلا بمشقة، ذكر ابن عادل في تفسيره عن الفخر الرازي: أن الطلال هي التي يتغذى منها النحل إذا تساقطت على أوراق الأشجار والأزهار فيلتقطها النحل ويتغذى منها ويكون منها العسل» اهـ.

(١) في غاية المنتهى مع شرحه مطالب أولي النهى ٣/ ٢٤: «وحرم منع مستأذن، ويتجه: يدخل قهرًا».

وفي القواعد القاعدة (٨٥): «متى تعذر الاستئذان بغيبة مالك أو غيرها، استؤذن فلم يأذن سقط الإذن كما في الولي في النكاح».

(٢) وهذا الشرط باتفاق الأئمة.

(انظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٦، وحاشية الدسوقي ٣/ ١١، والفروق ٣/ ٢٤٠، والقليوبي ٢/ ١٥٨، وشرح المنتهى ٢/ ١٤٥).

ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿**يا أَيُّها الَّذين آمَنُوا إِنَّمَا الخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنْصابُ وَالأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ**﴾ وإذا كان المبيع غير مقدور على تسليمه فسيباع برخص، فإن وجده المشتري فهو غانم، وإلا فهو غارم، وهذا من الميسر.

والحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الغرر» رواه مسلم، ولما علل به المؤلف.

---

[١] في/ ف بلفظ: (ما يقدر).

فَلاَ يَصِح بَيْعُ آبِقٍ وَشَارِدٍ وطَيْرٍ في هَوَاءٍ وَسَمَكٍ في مَاءٍ

(**فلا يصح بيع آبق**) علم خبره أو لا(١)، لما رواه أحمد عن أبي[١] سعيد: «أن رسول الله ﷺ نهى عن شراء العبد وهو آبق»(٢) (**و**) لا بيع (**شارد و**) لا(٣) (**طير**[٢] **في هواء**) ولو ألف الرجوع(٤) إلا أن يكون بمغلق ولو طال زمن آخذه(٥)، (**و**) لا بيع[٣] (**سمك في**..............

---

(١) وهذا هو المذهب؛ لما استدل به المؤلف.
وعند الحنفية: يجوز بيعه لمن يقدر على أخذه؛ لانتفاء الغرر.
وعند الشافعية: يجوز بيعه لمن يقدر على رده بلا مشقة لا تحتمل عادة، وبلا مؤنة لها وقع.
(بدائع الصنائع ٥/١٤٨، وشرح المحلي ٢/ ٥٨، وكشاف القناع ٣/ ١٦٢).
والأقرب: قول الحنفية، إذ الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

(٢) أخرجه أحمد ٣/ ٤٢، ابن ماجه ٢/ ٧٤٠ ـ التجارات ـ ح ٢١٩٦، ابن أبي شيبة ٦/ ١٣١ ـ البيوع والأقضية ـ باب في بيع الغرر والعبد الآبق ـ ح ٥٤٧، أبو يعلى ٢/ ٣٤٥ ـ ح ١٠٩٣، ابن حزم في المحلى ٨/ ٣٩٠، البيهقي ٥/ ٣٣٨ ـ البيوع ـ باب النهي عن بيع الغرر ـ من طريق جهضم بن عبد الله اليمامي عن محمد بن إبراهيم الباهلي عن محمد بن زيد العبدي عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري، وإسناده ضعيف جداً فيه راويان مجهولان هما محمد الباهلي ومحمد العبدي.

(٣) الكلام على بيع الجمل الشارد كالكلام على بيع العبد كما تقدم، وكذا الفرس العائر أي الشارد.

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ للغرر.
وعند الحنفية: إذا كان يرجع بعد الإرسال فيصح، وإذا كان لا يرجع بعد الإرسال فلا يصح. (المصادر السابقة).

(٥) وفي الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٩١: «وقال القاضي: إن لم يأخذه إلا بتعب ومشقة لم يجز بيعه وهذا مذهب الشافعي، وهو ملغى بالبعيد الذي لا يمكن إحضاره إلا بتعب ومشقة».

---

[١] في/ م، ف بلفظ: (ابن سعيد).
[٢] في/ س بلفظ (وطير).
[٣] في/ ف بلفظ (وبيع).

وَلاَ مَغْصُوب مِن غَيْرِ غَاصِبِهِ أَوْ قَادِرٍ عَلَىٰ أَخْذِهِ

مــاء)(١) لأنه غرر ما لـم يكن مرئيًا بمحوز يسهل[١] أخـذه منه؛ لأنه مـعلوم يمكن تسليمه(٢).

(ولا) يصح بيع **(مغصوب من غير غاصبه أو قادر على أخذه)** مـن غاصبه(٣)؛ لأنه لا يقدر[٢] على تسليمه، فإن باعه من غاصبه أو قادر على أخذه [صح][٣] لعدم الغرر(٤)، فإن عجز بعد فله الفسخ(٥).

---

(١) باتفاق الفقهاء لايصح بيع السمك قبل اصطياده.
(تبيين الحقائق ٤/ ٤٥، والشرح الكبير للدردير ٣/ ٦٠، وحاشية القليوبي ٢/ ١٥٨، والشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٩١).

(٢) كبركة وحوض يشاهد فيه يسهل أخذه من ذلك الموضع فيصح بيعه، لانتفاء الغرر ولو طال زمن تحصيله، فإن لم يسهل بحيث يعجز عن تسليمه لم يصح البيع. (انظر: المصادر السابقة، وحاشية العنقري ٢/ ٣٥٠).

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: لما علل به المؤلف. (المصادر السابقة).
وعن الإمام أحمد: لا يصح، قدمه في الفائق. (الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ٩٤).

(٤) والمراد إذا باعه راضيًا ولم يمنعه منه حتى باعه، فهذا حكمه حكم بيع المكره بلا حق.

(٥) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٩٤: «وإن ظن أنه قادر على استنقاذه ممن هو في يده صح البيع، فإن عجز عن البيع فله الخيار بين الفسخ والإمضاء؛ لأن العقد صح لكونه مظنون القدرة على قبضه، وثبت له الفسخ للعجز عن القبض فهو كما لو باعه فرسًا فشردت قبل تسليمها، أو غائبًا بالصفة فعجز عن تسليمه».

---

[١] في/ س بلفظ: (سهل).
[٢] في/ م بلفظ: (لأنه يقدر).
[٣] ساقط من/ س.

وَأَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا بِرُؤْيَةٍ

(و) الشرط السادس (أن يكون) المبيع (معلومًا) عند المتعاقدين(١) لأن جهالة المبيع غرر(٢).

ومعرفة المبيع إما (برؤية)(٣) له [أو][١] لبعضه الدال[٢] عليه(٤) مقارنة

---

(١) وهذا باتفاق الأئمة. (المصادر السابقة).

ودليل ذلك: قوله تعالى: ﴿يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنْصَابُ وَالأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ﴾ وجهالة المبيع من الميسر؛ لأن المشتري إذا جهل المبيع، فإن كان ما بذله من الثمن أكثر من ثمن المبيع كان غارمًا، وإن كان أقل من ثمن المبيع كان غانمًا.

ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الغرر» رواه مسلم.

(٢) قال القرافي في الفروق ٣/ ٢٦٥: «الغرر والجهالة - أي في البيع - ثلاثة أقسام: كثير ممتنع إجماعًا كالطير في الهواء، وقليل جائز إجماعًا كأساس الدار و قطن الجبة، ومتوسط اختلف فيه هل يلحق بالأول، أم بالثاني؟».

وقال النووي في المجموع ٩/ ٢٥٨: «قال العلماء: مدار البطلان بسبب الغرر والصحة مع وجوده هو أنه إذا دعت الحاجة إلى ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة، أو كان الغرر حقيراً جاز البيع وإلا فلا».

(٣) أي برؤية لجميع المبيع إن لم تدل بقيته عليه.

(٤) أي وتحصل معرفة المبيع برؤية لبعضه الدال على بقيته كرؤية أحد وجهي الثوب غير المنقوش، وظاهر الصبرة المتساوية. (كشاف القناع ٣/ ١٦٣).

---

[١] ساقط من / س.

[٢] في/ ش بلفظ: (الذي).

أوْ صِفَةٍ

أو متقدمة بزمن لا يتغير فيه المبيع ظاهراً(١)، ويلحق بذلك ما عرف بلمسه أو شمه أو ذوقه(٢) (أو صفة)[١] تكفي في السلم فتقوم مقام الرؤية(٣) في بيع ما يجوز السلم فيه خاصة(٤)، ولا يصح بيع الأنموذج(٥) : بأن يريه صاعًا مثلاً ويبيعه الصبرة على أنها من جنسه(٦).

(١) أي يحصل معرفة المبيع برؤية مقارنة للعقد، أو برؤية متقدمة على العقد بزمن لا يتغير فيه المبيع تغيراً ظاهراً لحصول العلم بالمبيع بتلك الرؤية، ولا حد لذلك الزمن إذ المبيع منه ما يسرع تغيره كبطيخ، ومنه ما يتباعد كالدار، ومنه ما يتوسط كنخل وشجر وبهائم، فيعتبر كل بحسبه. (انظر: حاشية العنقري ٢/ ٣٧).

قال في الإفصاح ١/ ٣٢٠: «واتفقوا على أن العين إذا كانا رأياها وعرفاها، ثم تبايعاها بعد ذلك أن البيع جائز، ولا خيار للمشتري إن وجدها على الصفة التي كان عرفها، فإن تغيرت فله الخيار».

(٢) لحصول معرفته بذلك كرؤيته لانتفاء الجهالة.

(٣) وذلك بأن تذكر الصفات التي يختلف بها الثمن اختلافًا ظاهرًا، ويأتي في باب السلم.

(٤) وهو كل ما يمكن ضبطه بالوصف، ويأتي في باب السلم.

وفي الإفصاح ١/ ٣١٩: «واختلفوا في بيع الأعيان الغائبة بالصفة؛ فقال أبو حنيفة ومالك وأحمد: يصح البيع.

وعن الشافعي قولان: الجديد منهما أنه لا يصح» اهـ.

(٥) في المصباح ٢/ ٦٢٥: «الأنموذج: بضم الهمزة ما يدل على صفة الشيء، وهو معرب، وفي لغة نَموذَج بفتح النون والذال» اهـ.

(٦) وفي حاشية العنقري ٢/ ٣٨: «وقيل: ضبط الأنموذج كذكر الصفات، فنقل جعفر فيمن فتح جرابًا ويقول: الباقي على صفته، إذا جاء على صفته ليس له =

[١] في /م، ف، ط بلفظ: (صفته).

فَإِن اشْتَرَىٰ مَا لَمْ يَرَهْ أَوْ رَآهُ وَجَهِلَهُ أَوْ وُصِفَ لَهُ بِمَا لاَ يَكْفِي سَلَمًا لَمْ يَصِح ،

ويصح بيع الأعمى وشراؤه بالوصف واللمس والشم والذوق فيما يعرف[1] به كتوكيله[2] .

(**فإن اشترى ما لم يره**) بلا وصف (**أورآه وجهله**) بأن لم يعلم ما هو (**أو وصف له بما لا يكفي سلمًا**[3] **لم يصح**) البيع لعدم العلم بالمبيع[4] .

= رده وصوبه في الإنصاف، ويجوز ذلك عند الشافعية إذا كان ما رآه داخلاً في المبيع».

فالمذهب: عدم صحة بيع الأنموذج.

وعند الحنفية والشافعية: صحته. (فتح القدير ٥/ ١٣٦، ومغني المحتاج ٢/ ١٩، والفروع ٤/ ٢١).

(١) في الإفصاح ١/ ٣٢٠: «واختلفوا في بيع الأعمى وشرائه إذا وصف له المبيع، فقال أبو حنيفة ومالك وأحمد: هو صحيح، وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يصح».

(٢) في حاشية العنقري ٢/ ٣٩: «كتوكيله أي في بيع وشراء مطلقًا».

(٣) بأن تذكر الصفات التي يختلف بها الثمن اختلافًا ظاهرًا.

(٤) في الإفصاح ١/ ٣١٩: «واختلفوا في بيع العين الغائبة عن المتعاقدين التي لم توصف لهما، فقال أبو حنيفة: يجوز وللمشتري الخيار إذا رآه سواء كان معينًا أو لم يكن.

وقال مالك والشافعي: لا يصح على الإطلاق.

وعن أحمد روايتان: أشهرهما: لا يصح كمذهبهما» اهـ.

وفي حاشية العنقري ٢/ ٣٩: «اعلم أنه إذا وجد المشتري ما وصف له، أو تقدمت رؤيته العقد بزمن لا يتغير فيه المبيع تغيرًا ظاهرًا متغيرًا فللمشتري =

وَلا يُبَاعُ حَمْلٌ فِي بَطْنٍ، وَلَبَنٌ فِي ضَرْعٍ مُنْفَرِدَيْنِ

(ولا يباع[١] حمل في بطن(١) ولبن في ضرع منفردين) للجهالة، فإن باع ذات لبن [أو][٢] حمل، دخلا تبعًا(٢).

= الفسخ؛ لأن ذلك بمنزلة عيبه، فإن اختلفا في نقصه بصفة أو تغيره حلف المشتري؛ لأن الأصل براءته من الثمن وهو على التراخي لا يسقط إلا بما يدل على الرضا كالخيار، وإن أسقط حقه من الرد سقط إلى أرش، والفرق بين ما هنا وبين ما يأتي في الشرط في البيع كما قال الشيخ عثمان: إن الصفة هنا إنما ذكرت للتمييز، فإذا فقدت وجب الأرش أو رده، قلت: وهذا أولى مما ذكره الفتوحي في شرحه» اهـ.

(١) نقل ابن المنذر والماوردي والنووي إجماع العلماء على بطلان بيع الحَمْل؛ لأنه غرر، لكن لو باع حاملاً بيعًا مطلقًا صح البيع، ودخل الحمل في البيع بالإجماع (المجموع ٩/ ٣٢٢).

لكن لا يصح بيع الحمل مع أمه بأن يعقد عليه معها، وكذا بيع شاة وما في ضرعها من لبن للعموم؛ لنهي النبي ﷺ عن بيع حبل الحبلة، وبيع المضامين، والملاقيح، وبيع المَجْر وهو ما في بطن الناقة.

(٢) جمهور أهل العلم وهو المذهب: على عدم صحة بيع اللبن في الظهر؛ لما استدل به المؤلف.

وعن الإمام مالك: يجوز بيع لبن الغنم أيامًا معدودة، إذا كان ما يحلب فيها معروفًا في العادة، ولم يجز ذلك في الشاة الواحدة.

وعند شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص (١٢١): «إن باع لبنًا موصوفًا في الذمة واشترط كونه من هذه الشاة أو البقرة صح».

(تبيين الحقائق ٤/ ٤٦، والمدونة ٤/ ٢٩٧، والمجموع ٩/ ٣٢٦، والإنصاف ٤/ ٣٠١).

وقال النووي في المجموع ٩/ ٣٢٦: «أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان في ضرعه لبن، وإن كان اللبن مجهولاً؛ لأنه تابع للحيوان، ودليله =

---

[١] في/ هـ بلفظ. (وألا).

[٢] ساقط من / ف.

وَلاَ مِسْكٌ في فَأْرَتِهِ، ولاَ نَوىً في تَمْرٍ، وَصُوفٌ عَلَىٰ ظَهْرٍ.

(**ولا**) يباع (**مسك في فأرته**)[1] أي الوعاء الذي يكون فيه للجهالة، (**ولا نوى في تمر**) للجهالة[2]، (**و**) لا (**صوف على ظهر**)[3].

= من السنة حديث المصراة».

وفي حاشية العنقري ٢/ ٢٩: «قوله: تبعًا ينبغي تقييده بأن لا ينص على بيعه مع متبوعه، فإن نص كبعتك هذه الشاة ولبنها، أو صوفها، وهذا التمر ونواه لم يصح البيع لما تقدم إذ لا فرق».

(١) في لسان العرب مادة «فأر»: «فأرة المسك تكون بناحية تُبَّتُ، يصيدها الصياد فيعصب سرتها بعصاب شديد، وسرتها مدلاة فيجتمع فيها دمها، ثم تذبح فإذا سكنت قور السرة المعصرة، ثم يدفنها في الشعير حتى يستحيل الجامد مسكًا ذكيًا».

فالمذهب: لا يصح بيع المسك في فأرته ما لم تفتح وتشاهد (الإنصاف مع الشرح ١١/ ١١٠).

وقال في الفروع ٤/ ٢٦: «يتوجه تخريج واحتمال يجوز؛ لأنها وعاء له تصونه وتحفظه كقشر ما مأكوله في جوفه، وتجار ذلك يعرفونه فيها فلا غرر». واختار ابن القيم صحة بيعه كما في زاد المعاد ٥/ ٨٢١.

(٢) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ١١٠: «لا نعلم فيه خلافًا».

وفي حاشية العنقري ٢/ ٤٠: «قوله للجهالة: يفهم منه: أنه إذا شاهده مفتوحًا صح لعدم الجهالة».

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية، لما استدل به المؤلف، وعند أبي يوسف ورواية عن الإمام أحمد: يجوز بشرط جزه في الحال، لانتفاء الجهالة، وقياسًا على بيع القصيل ـ البرسيم.

وعند المالكية: يجوز بشرط جزه خلال أيام قليلة كنصف شهر.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٤٨، وحاشية الدسوقي ٣/ ٢٠٣، والإنصاف ٤/ ٣٠١).

وفَجْلٌ ونَحْوُهُ قَبْلَ قَلْعِهِ ولا يَصِحُّ بَيْعُ المُلامَسَةِ

لنهيه عليه السلام عنه في حديث ابن عباس(١)، ولأنه متصل بالحيوان فلم يجز[١] إفراده بالعقد كأعضائه، (و) لا بيع (**فجل ونحوه**)(٢) مما المقصود منه مستتر بالأرض (**قبل قلعه**) للجهالة.

(**ولا يصح بيع الملامسة**) بأن يقول: بعتك ثوبي هذا على أنك متى

---

(١) أخرجه الدارقطني ٣/ ١٤ ـ البيوع ـ ح ٤٠، ٤١، ٤٢، ابن عدي في الكامل في ضعفاء الرجال ٥/ ١٧٢٠، الطبراني في الكبير ١١/ ٣٣٨ ـ ح ١١٩٣٥، وفي الأوسط كما في التلخيص الحبير ٣/ ٦، أبو نعيم في تاريخ أصبهان ٢/ ٢٦، البيهقي ٥/ ٣٤٠ ـ البيوع ـ باب ما جاء في النهي عن بيع الصوف على ظهر الغنم ـ من طريق عمر بن فروخ القتات عن حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس.

وقد تفرد برفعه عمر بن فروخ، وليس بالقوي قاله البيهقي، ورواه غيره موقوفًا، أخرجه عبد الرزاق ٨/ ٧٥ ـ ح ١٤٣٧٤، ابن أبي شيبة ٦/ ٥٣٣ ـ البيوع ـ ح ١٩٥٣، الدارقطني ٣/ ١٥، البيهقي ٥/ ٣٤٠ ـ من طريق أبي إسحاق عن عكرمة عن ابن عباس موقوفًا عليه، والموقوف هو المحفوظ قاله البيهقي.

(٢) كجزر، ولفت، وبصل، وثوم.

وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف، ولأنه مبيع لم ير ولم يوصف، فلم يجز بيعه كبيوع الأعيان.

وعند المالكية، وبه قال شيخ الإسلام وابن القيم: يجوز بيع المغيبات في الأرض وإن لم تقلع إذا بدا صلاحها، ورئي ما ظهر منها؛ لأن بيعه قبل قلعه تقتضيه مصلحة الناس، فإن تأخير بيعه إلى قلعه قد يتعذر أو يتعسر، ويفضي إلى فساد الأموال، وما فيه غرر مغتفر إلى جانب ما فيه مصلحة.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٦٣، وبداية المجتهد ٢/ ١٥٧، والأم ٣/ ٦٦، ومجموع الفتاوى ٢٩/ ٤٨٦، وزاد المعاد ٥/ ٨٢٠).

---

[١] في/ ف بلفظ: (فإن لم يجز).

وَالْمُنَابَذَةِ

لمسته فهو عليك بكذا، أو يقول: أي[١] ثوب لمسته فهو لك بكذا(١).

(و) لا بيع[٢] (المنابذة)(٢) كأن يقول: أي ثوب نبذته إليّ أي طرحته فعليك[٣] بكذا لقول أبي هريرة: «إن النبي ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة» متفق عليه(٣)(٤).

---

(١) وفسرها أبو هريرة رضي الله عنه بقوله: «أما الملامسة فأن يلمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل» رواه مسلم ٣/ ١١٥١.
وفسرت أيضًا: أن يلمس ثوبًا مطويًا أو في ظلمة، ثم يشتريه على أن لا خيار له إذا رآه اكتفاء بلمسه.
أو يكون الثوب مطويًا فيقول البائع للمشتري: إذا لمسته فقد بعتكه اكتفاء بلمسه عن الصيغة.
(رد المحتار ٤/ ١٠٩، والشرح الكبير للدردير ٣/ ٥٦، وشرح المحلى على المنهاج ٢/ ١٧٦، والمغني ٦/ ٢٩٨، ونيل الأوطار ٥/ ١٥١).

(٢) قال في الإفصاح ١/ ٣٥٩: «واتفقوا على أن بيع الحصاة والملامسة والمنابذة باطل، وهو أن يلقي حجرًا فيجب البيع، أو ينبذ الثوب فيجب البيع، أو يلمسه فيجب البيع» وذلك للجهالة والغرر.

(٣) وفسر أبو هريرة المنابذة فقال: «أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولاينظر واحد منهما إلى ثوب صاحبه» رواه مسلم ٣/ ١١٥١.
وفسرت بأن: ينبذ كل واحد من المتبايعين ثوبه إلى الآخر، ولا ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه، أو يقول: بعتك هذا بكذا على أني إذا نبذته إليك لزم البيع وانقطع الخيار (المصادر السابقة).

(٤) أخرجه البخاري ١/ ٩٧ - الصلاة - باب ما يستر من العورة، ١/ ١٤٥ - مواقيت الصلاة - باب الصلاة بعد الفجر حتى ترتفع الشمس، ٢/ ٢٤٩ - =

---

[١] في/ هـ بلفظ: (على).

[٢] في/ س بلفظ: (يبيع).

[٣] في/ س بلفظ: (فعليّ).

وَلا عَبْدٍ مِنْ عَبيده وَنَحْوِهِ

وكـذا بيع الحصـاة(١) كـارمـهـا فـعلى أي ثوب وقـعـت فلك بكذا ونحوه(٢).

(ولا) بيع (عبد) غير معين[١] (من عبيده ونحوه) كشاة من قطيع وشجرة من بستان للجهالة ولو تساوت القيم(٣).

= الصوم - باب الصوم يوم النحر، ٣/ ٢٥ - البيوع - باب بيع الملامسة، وباب بيع المنابذة، ٧/ ٤١، ٤٢ - اللباس - باب اشتمال الصماء، وباب الاحتباء في ثوب واحد، مسلم ٣/ ١١٥١، ١١٥٢ - البيوع - ح١، ٢.

(١) وتقدم النقل عن الوزير: الاتفاق على بطلانه؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة» رواه مسلم، وللغرر والجهالة.

(٢) في كشاف القناع ٣/ ١٦٧: «أو يقول بعتك هذه الأرض قدر ما تبلغ هذه الحصاة إذا رميتها بكذا، أو بعتك هذه بكذا على أني متى رميت هذه الحصاة وجب البيع».

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول الشافعي؛ لأن بيع غير المعين جهالة وغرر، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر.

وقال المرداوي: «وظاهر كلام الشريف أبي جعفر وأبي الخطاب: أنه يصح إن تساوت قيمتهم، قلت: هذا كالمتعذر وجوده، وقال في الانتصار في مسألة تعيين النقود: إن ثبت للثياب عرف وصفة صح إطلاق العقد عليها كالنقود، أومأ إليه أحمد، وفي المفردات يصح بيع عبد من ثلاثة أعبد بشرط الخيار» (الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ١١٤).

ونقل في الشرح عن أبي حنيفة: إذا باع عبداً من عبدين أو من ثلاثة بشرط الخيار له صح؛ لأن الحاجة تدعو إلى ذلك.

---

[١] في/ ف بلفظ: (متعين).

وَلاَ اسْتِثْنَاؤهُ إلا معينًا وَإن اسْتَثْنَىٰ

(**ولا**) يصح (**استثناؤه إلا معينًا**)[١] فلا يصح[٢]، بعتك هؤلاء العبيد إلا واحدًا للجهالة(١) ويصح إلا هذا ونحوه(٢)؛ لأنه عليه السلام [نهى[٣] عن الثنيا إلا أن تعلم، قال الترمذي: حديث صحيح (٣)، (**وإن استثنى**

---

(١) إذا باعه مثلاً بستانًا واستثنى عشر نخلات غير معينات ونحو ذلك كما إذا باعه عبيدًا واستثنى واحدًا غير معين، فالمذهب، وهو قول الحنفية والشافعية: أن هذا الاستثناء لا يصح، لما استدل به المؤلف.
ولأن استثناء غير المعين يؤدي إلى المنازعة.
وعند المالكية: يصح الاستثناء، فإن شرط البائع الاختيار اختار، وإلا فهو شريك بقدر ما استثنى.
(الهداية ٣/ ٢٦، والبهجة شرح التحفة ٢/ ٣٢، والأم ٣/ ٨٤، والمبدع ٤/ ٣٠).

(٢) فإن كان المستثنى معينًا صح بالاتفاق؛ لأن المستثنى معلوم، ولا يؤدي إلى جهالة المستثنى منه (المصادر السابقة).

(٣) الثُّنَيَّا: المنهي عنها أن يستثنى في المبيع شيئًا مجهولاً. أخرجه مسلم ٣/ ١٧٧٥ ـ البيوع ـ ح ٨٥، أبو داود ٣/ ٦٩٥ ـ البيوع ـ باب في المخابرة ـ ح ٣٤٠٥، الترمذي ٣/ ٥٧٦ ـ البيوع ـ باب ما جاء في النهي عن الثنيا ـ ح ١٢٩٠، النسائي ٧/ ٣٨ ـ الأيمان والنذور ـ ح ٣٨٨٠، ٧/ ٢٩٦ ـ البيوع ـ باب النهي عن بيع الثنيا حتى تعلم ـ ح ٤٦٣٣، أحمد ٣/ ٣١٣، ٣٥٦، ٣٦٤، ابن أبي شيبة ٦/ ٣٢٧ ـ البيوع ـ ح ١٢٣١، الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ٢٩، البيهقي ٥/ ٣٠٤.

---

[١] في/ ف بلفظ: (معيبًا).

[٢] في/ س بلفظ: (قد يصح).

[٣] ساقط من / ف.

بَائِعٌ مِنْ حَيَوانٍ يُؤْكَل رَأَسهُ وَجِلْدهُ وَأطْرَافُهُ صَح

بائع من حيوان يؤكل[١] **رأسه وجلده وأطرافه صح)**(١) لفعله عليه السلام][٢] في خروجه من مكة إلى المدينة. رواه أبو الخطاب(٢)، فإن امتنع

---

(١) وهذا هو المذهب، وعند المالكية يصح في السفر دون غيره؛ لما استدل به المؤلف، ولما ورد «أن رجلاً اشترى من رجل بعيراً وهو مريض فاستثنى البائع جلده فبرأ فاختصما إلى عمر فأرسلهم إلى علي، فقال: يقوم البعير في السوق فيكون له شروي - أي مثله - جلده» أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة.

وكذا ورد عن زيد بن ثابت «أن رجلاً باع بقرة واشترط رأسها، ثم بدا له فأمسكها فقضى زيد بن ثابت بشروي - أي مثله - رأسها» رواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة.

ولأن المستثنى والمستثنى منه معلومان فصح الاستثناء قياسًا على بيع حائط واستثناء نخلة معينة.

وعند الحنفية والشافعية: أن هذا الاستثناء لا يصح مطلقًا، وبأن هذه الأجزاء لا يصح إفرادها بالعقد فلا يصح استثناؤها.

ونوقش: بأنه لا يلزم من عدم صحة إفرادها بالعقد عدم صحة استثنائها، فالثمرة قبل التأبير لا يجوز إفرادها بالبيع بشرط التأبير، ويجوز استثناؤها (المبدع ٤/ ٣٢).

وعلى هذا فالأقرب قول الحنابلة.

(فتح القدير ٦/ ٤٤٨، والمدونة ٤/ ٢٩٣، والمجموع ٨/ ٢٠٦، والمبدع ٤/ ٣٢).

(٢) هو الإمام العلامة شيخ الحنابلة محفوظ بن أحمد بن حسن العراقي الكلواذاني الأزجي، تلميذ القاضي أبي يعلى بن الفراء، توفي سنة ٥١٠ هـ. انظر: المستفاد من ذيل تاريخ بغداد ص ٣٨٨، سير أعلام النبلاء ١٩/ ٣٤٨، والحديث أخرجه أبو داود في المراسيل ص ١٣٣ من حديث عروة بن الزبير =

---

[١] في/ س بزيادة لفظ: (بيع).

[٢] ساقط من/ ف.

وَعَكْسُهُ الشَّحْمُ وَالحَمْلُ

المشتري من ذبحه لم يجبر بلا شرط(١) ولزمته قيمته على التقريب(٢) وللمشتري الفسخ بعيب يختص هذا المستثنى(٣)، (وعكسه) أي عكس استثناء الأطراف في الحكم استثناء ([الشحم][١] والحمل)[٢] ونحوه(٤) مما

= وعمارة بن غية أن رسول الله ﷺ حين خرج هو وأبو بكر من مكة مهاجرين إلى المدينة، مرا براعي غنم، فاشتريا منه شاة، وشرط أن سلبها له، وفي عزو المصنف الحديث لأبي الخطاب لم أجده في مصنفاته، ولعله في كتابه المشهور «الانتصار في المسائل الكبار» وقسم البيوع من الكتاب مفقود.

(١) أي لم يجبر على ذبحه بلا شرط لتمام ملكه عليه، ولأن الذبح ينقصه وللبائع الفسخ، فإن اشترط في العقد لزم ذبحه ودفع المستثنى للبائع.

(٢) أي لزمت المشتري قيمة المستثنى من الحيوان على التقريب للبائع كما تقدم عن الصحابة رضي الله عنهم.

(٣) في كشاف القناع ٣/ ١٧٢: «بأن كان العيب بالرأس أو الجلد أو الأطراف؛ لأن الجسد كله يتألم لتألم شيء منه».

(٤) كالكبد والقلب.

فالمذهب: وهو قول جمهور أهل العلم: عدم صحة استثنائها؛ لحديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن الثنيا إلا أن تعلم» تقدم تخريجه قريبًا.

وفي وجه للشافعية ورواية عن الإمام أحمد: يجوز استثناء الحمل؛ لما ورد عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما «أنه باع جارية، واستثنى ما في بطنها» رواه ابن أبي شيبة ٦/ ١٥٤، وإسناده ضعيف، ولأن استثناء الحمل يصح في العتق فيصح في الحمل. =

---

[١] ساقط من/ م، ف.

[٢] في/ س بلفظ: (وإلا كل).

وَيَصِحُ بَيْعُ مَا مَأْكُولُهُ فِي جَوْفِهِ كَرُمَانٍ وَبَطِيخٍ وبَيْعُ

لا يصح إفراده بالبيع فيبطل البيع باستثنائه، وكذا لو استثنى منه رطلاً من لحم أو[1] نحوه[2].

(**ويصح بيع ما مأكوله في جوفه كرمان وبطيخ**) وبيض لدعاء الحاجة لذلك ولكونه مصلحة لفساده بإزالته[3].

= ونوقش: بالفرق بين باب المعاوضات والتبرعات، فيغتفر في باب التبرعات كالعتق ما لا يغتفر في باب المعاوضات.
(فتح القدير ٦/ ٤٤٨، وبداية المجتهد ٢/ ١٦٣، وروضة الطالبين ٣/ ٤٠٤، والمبدع ٤/ ٣٣).

(١) كالشحم.

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية: لحديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن الثنيا».
ونوقش: بأن في الحديث «إلا أن تعلم».
ولأن المبيع معلوم بالمشاهدة لا بالقدر، والاستثناء بغير حكم المشاهدة فلم يجز.
ونوقش: بأن تغير حكم المشاهدة بالاستثناء لا يلزم منه عدم صحة الاستثناء.
وعند المالكية وهو قول للحنفية: صحة الاستثناء؛ لحديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن الثنيا إلا أن تعلم» والجزء المقدر معلوم فلا يدخل في النهي.
ولأن الجزء المقدر كالجزء الشائع فيه فيصح، وهذا هو الأقرب (المصادر السابقة).

(٣) قال في الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ١٣٠: «يجوز بيع ما مأكوله في جوفه كالرمان والبيض والجوز لا نعلم فيه خلافًا؛ لأن الحاجة تدعو إلى بيعه، كذلك لكونه يفسد إذا أخرج من قشره».

البَاقِلاءِ ونحْوِهُ فِي قِشْرِهِ، والحَبِّ المُشْتَدِّ في سُنْبُلِهِ

(و) يصح بيع (الباقلاء ونحوه) كالحمص والجوز واللوز (في قشره) يعني ولو تعدد قشره؛ لأنه [١] مفرد مضاف فيعم، وعبارة الأصحاب في قشريه[٢] (١) لأنه[١] مستور بحائل من أصل الخلقة أشبه الرمان(٢).

(و) يصح بيع (الحب المشتد(٣) في سنبله) لأنه[٣] عليه السلام جعل الاشتداد غاية للبيع(٤) وما بعد الغاية يخالف ما قبلها فوجب زوال

(١) أي فلا تنافي؛ لصدق ما ذكر المصنف على ذلك.

(٢) والبيض ونحوهما مما مأكوله في جوفه مستتر بقشره، ويصح بيع طلع قبل تشققه إذا قطع من شجره.

(٣) أي المتصلب المتقوي في سنبله مقطوعًا أو في شجره، والمراد بعد بدو صلاحه.

وفي الإفصاح ١/ ٣٤١: «واختلفوا في بيع الجوز واللوز والباقلا في قشره الأعلى، وفي بيع الحنطة في سنبلها إذا استغنت عن الماء؟ فقال أبو حنيفة، ومالك وأحمد: يجوز. وقال الشافعي: لا يجوز.

(٤) كما في حديث أنس بن مالك «أن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد».

أخرجه أبو داود ٣/ ٦٦٨ ـ البيوع ـ ح ٣٣٧١، الترمذي ٣/ ٥٢١ ـ البيوع ـ ح ١٢٢٨، ابن ماجه ٢/ ٧٤٧ ـ التجارات ـ ح ٢٢١٧، أحمد ٣/ ٢٢١، ٢٥٠، الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ٣٦١ ـ كتاب الزيادات ـ باب شراء الشيء الغائب، الحاكم في المستدرك ٢/ ١٩ ـ البيوع، البيهقي ٥/ ٣٠٣ ـ البيوع ـ باب ما يذكر في بيع الحنطة في سنبلها، ابن حبان كما في الإحسان ٧/ ٢٣١ ـ ٢٣٢ ـ ح ٤٩٧٢ ـ كلهم من طريق حماد بن سلمة عن حميد الطويل عن أنس بن مالك. =

[١] ساقط من / س.

[٢] في / هـ بلفظ: (قشره).

[٣] في/ ف بلفظ: (لقوله).

وَأَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ مَعْلُومًا فَإِنْ بَاعَهُ بِرَقْمِهِ

المنع[١].

(و) الشرط السابع: (**أن يكون الثمن معلومًا**) للمتعاقدين أيضًا كما تقدم[٢]؛ لأنه أحد العوضين فاشترط العلم به كالمبيع[٣] (**فإن باعه برقمه**) أي ثمنه المكتوب عليه وهما يجهلانه أو أحدهما ـ لم يصح للجهالة[٤]،

= الحديث صحيح، وصححه ابن حبان والحاكم ووافقه الذهبي، وحسنه الترمذي، ولا يضر تغير حماد بن سلمة إن ثبت اختلاطه لأن الراوي عنه عفان بن مسلم كما في مسند الإمام أحمد وجامع الترمذي ومستدرك الحاكم، وقد نقل ابن رجب في شرح علل الترمذي ٢/ ٥١٧ أن عبد الله بن أحمد قال: سمعت يحيى بن معين يقول: من أراد أن يكتب حديث حماد بن سلمة فعليه بعفان بن مسلم.

(١) في حديث أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الحب حتى يشتد» متفق عليه، فدل على صحة بيعه بعد اشتداده.

(٢) وتقدم دليل هذا الشرط عند قول المؤلف: «الشرط السادس: أن يكون المبيع معلومًا...».

وطريق المعرفة: إما رؤية مقارنة لجميعه ما لم يترتب على ذلك غرر، أو متقدمة على البيع بزمن لا يتغير معها تغيرًا ظاهرًا، أوبعضه الدال عليه، أو صفة تكفي في السلم، أو شم، أو ذوق، أو مس، كما تقدم في المثمن.

(٣) وكرأس مال السلم.

(٤) إذا كان الثمن مرفوعًا على السلعة، أي مكتوبًا عليها، وتم البيع بالرقم بأن قال البائع للمشتري: بعتك هذه السلعة برقمها، فإن كانا عالمين بقدره صح البيع بالاتفاق.

وإن كانا جاهلين، أو كان أحدهما جاهلاً، فالمذهب، وهو قول الجمهور: عدم صحة البيع، إذ من شروط صحة البيع العلم بالثمن. =

....

أَوْ بِأَلفِ دِرْهَمٍ ذَهَبًا وَفِضَّةً أَوْ بِمَا يَنْقَطِعُ بِهِ السعْرُ

(أو) باعه (**بألف درهم ذهبًا وفضة**) لم يصح لأن مقدار كل جنس منهما[١] مجهول(١)، (أو) باعه (**بما ينقطع به السعر**) أي بما يقف عليه من غير زيادة لم يصح للجهالة(٢).

= وعن الإمام أحمد، واختاره شيخ الإسلام وهو وجه حكاه الرافعي من الشافعية: صحة البيع للتمكن من معرفة الثمن، نظيره: لو قال: بعت هذه الصبرة كل صاع بدرهم صح البيع، وإن كانت جملة الثمن في الحال مجهولة.

ونص الحنابلة وبعض الحنفية وبعض الشافعية: أن الجاهل إذا علم بالثمن في المجلس قبل التفرق فالبيع صحيح؛ لأن المانع جهالة الثمن عند العقد، وقد زالت في المجلس، ويصير كتأخير القبول إلى آخر المجلس.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٥٨، وحاشية ابن عابدين ٤/ ١١، وحاشية الدسوقي ٣/ ١٥، والمجموع ٩/ ٣٢٣، والإنصاف ٤/ ٣١٠، والاختيارات ص١٢١).

(١) وهذا هو المذهب، للجهالة.

وبناه القاضي وغيره على إسلام ثمن واحد في جنسين، ويأتي في السلم.

ووجه في الفروع: الصحة، ويلزمه النصف ذهبًا، والنصف فضة، بناء على اختيار ابن عقيل فيما إذا أقر بمائة ذهبًا وفضة، فإنه صحح إقراره بذلك مناصفة (الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ١٣٣، والفروع ٤/ ٣٠).

وقيل: قوله بألف درهم ذهبًا وفضة لا جهالة فيه؛ لأنه يؤول إلى أن البيع وقع بألف درهم، وهو المعلوم من الفضة.

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، للجهالة.

وعن الإمام أحمد، واختاره شيخ الإسلام: جواز البيع بما ينقطع به السعر. =

[١] في/ س بلفظ: (منها).

أَوْ بِمَا بَاعَ زَيْدٌ وَجهلاه أَوْ أَحَدَهُمَا لَمْ يَصِح

(أو) باعه (بما باع) به (زيد وجهلاه، أو) جهله (أحدهما لم يصح) البيع للجهل بالثمن(١).

وكذا لو باعه كما يبيع الناس(٢)، أو[١] بدينار أو درهم مطلق وثمّ نقود متساوية رواجًا(٣)، وإن لم يكن إلا واحدًا أو غلب صح وصرف إليه(٤)

= قال ابن القيم: وسمعته - أي شيخ الإسلام - يقول: هو أطيب لقلب المشتري من المساومة، يقول: لي أسوة بالناس آخذ بما يأخذ به غيري.

قال ابن القيم: وقد أجمعت الأمة على صحة النكاح بمهر المثل، وأكثرهم يجوزون عقد الإجارة بأجرة المثل، كالغسال والخباز والملاح، وقيم الحمام، والمكاري، والبيع بثمن المثل كبيع ماء الحمام.

فغاية البيع بالسعر: أن يكون بيعه بثمن المثل فيجوز، وهو الصواب المقطوع به، وهو عمل الناس في كل عصر ومصر...» اهـ.

(حاشية ابن عابدين ٤/ ٢١، وحاشية الدسوقي ٣/ ١٥، ومغني المحتاج ٢/ ١٦، ومطالب أولي النهى ٣/ ٤٠، وإعلام الموقعين ٤/ ٥-٦).

(١) وهذا هو المذهب.

وعن الإمام أحمد: صحة البيع، واختاره شيخ الإسلام (الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ١٣٣).

(٢) والفرق بينه وبين قوله: «أو ما ينقطع به السعر...» أن ما يبيع الناس قد شرعوا في البيع فيه، وما ينقطع به السعر لم يشرع فيه.

وتقدم اختيار شيخ الإسلام: الصحة.

(٣) أي أو باعه بدينار أو درهم مطلق غير معين ولا موصوف، وفي البلد نقود من المسمى المطلق متساوية رواجًا، أي نفاقًا لم يصح البيع؛ لتردد المطلق بينهما، فالثمن غير معلوم حال العقد.

(٤) أي وإن لم يكن في البلد إلا نقد واحد صح.

وفي الإفصاح ١/ ٣٢٥: «واتفقوا على أنه: إذا أطلق البيع بالثمن، ولم يعين النقد انصرف إلى غالب نقد البلد».

---

[١] في/ ف بلفظ: (وبدينار).

وَإِنْ بَاعَ ثَوْبًا أَوْ صُبْرَةً أَوْ قَطِيعًا ، كُلُّ ذِرَاعٍ أو قَفِيزٍ أَوْ شَاةٍ بِدِرْهَمٍ صَحَ

ويكفي علم الثمن بالمشاهدة كصبرة من دراهم ، أو فلوس(١) ، ووزن صنجة(٢) وملء كيل مجهولين(٣) .

(**وإن باع**[١] **ثوبًا أو صبرة**) وهي الكومة المجموعة من الطعام(٤) ، (**أو**) باع (**قطيعًا**)(٥) [من الغنم][٢] (**كل ذراع**) من الثوب بكذا ، (**أو**) كل **قفيز**)(٦) من الصبرة بكذا (**أو**) كل (**شاة**) من القطيع (**بدرهم صح**) البيع

---

(١) لكن يلزم من ذلك الغرر ، وقد نهى النبي ﷺ عن الغرر ، رواه مسلم ، فمثل الفلوس والدراهم لابد فيها من الضبط ، ولا تكفي مجرد الرؤية .

(٢) قطع معدنية ، ذات أثقال محدودة ، مختلفة المقادير يوزن بها . (انظر : الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٥٤ ، ولأبي يعلى ص ٢٩٩ ، ونهاية الرتبة في طلب الحسبة ص ١٩) .

(٣) كبعتك هذه السلعة بوزن هذا الحجر فضة ، أو بملء هذا الوعاء دراهم صح البيع .

(٤) في المطلع ص (٢٣٨) : «وقيل : سميت بذلك لإفراغ بعضها على بعض» .

(٥) في المطلع ص (٢٣٢) : «القطيع : الطائفة من الغنم ، قال ابن سيده : الغالب عليه أنه من العشرة إلى الأربعين ، وقيل : ما بين خمسة عشر إلى خمس وعشرين . . . » .

(٦) القفيز : مكتل يسع من الحب اثني عشر صاعًا (القليوبي ٣/ ١٦٧) . كما يطلق القفيز على مساحة من الأرض قدرها مائة وأربعة وأربعون ذراعًا (لسان العرب ٥/ ٣٩٥) .

---

[١] لفظ : (باع) مكرر في/ ش .

[٢] ساقط من/ س ، هـ ، ف ، ز .

وَإِنْ بَاعَ مِنْ الصَّبرِ كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ، أَوْ بِمَائَةِ دِرْهَمٍ إِلاَّ دِينَارًا،

ولو لم يعلما قدر الثوب والصبرة[١] والقطيع؛ لأن المبيع معلوم بالمشاهدة(١) والثمن معلوم لإشارته إلى ما يعرف مبلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين، وهي الكيل والعد والذرع.

(**وإن باع من الصبرة كل قفيز بدرهم**) لم يصح لأن «من» للتبعيض، و«كل» للعدد فيكون مجهولاً(٢) بخلاف ما سبق(٣) لأن المبيع الكل لا البعض فانتفت الجهالة، وكذا لو باعه من الثوب كل ذراع بكذا أو من القطيع كل شاة بكذا لم يصح لما ذكر(٤)، (**أو**) باعه (**بمائة درهم إلا دينارًا**) لم يصح(٥).

---

(١) ويحرم على بائع جعل صبرة على نحو ربوة مما ينصبها، ويثبت لمشتر الخيار إن لم يعلم؛ لأنه عيب، وإن كان تحتها حفرة لم يعلمها بائع فله الفسخ.

(٢) فيشمل القليل والكثير، وهذا هو المذهب.

وقيل: يصح، قال ابن عقيل: وهو الأشبه، كبيع الصبرة كل قفيز بدرهم؛ لأن (من) وإن أعطت البعض فماهو بعض مجهول، بل قد جعل لكل جزء معلوم منها ثمنًا معلومًا فهو كما لو قال: قفيزًا منها، وهو احتمال في المغني والشرح، وقالا: بناء على قوله في الإجارة كل شهر بدرهم (الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ١٤٦).

(٣) في قوله: «ومن باع ثوبًا أو صبرة...».

(٤) لم يصح البيع على المذهب؛ لأن من للتبعيض، وتقدم.

(٥) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

ويجيء على قول الخرقي في الإقرار: أنه يصح هنا.

---

[١] في/ س، م، ف، ظ بلفظ: (الصبره والثوب)، وأثبتناه من/ هـ، ز.

أَوْ بَاعَ مَعْلُومًا ومجهولاً يَتَعَذَّر عِلْمُهُ، وَلَمْ يَقُلْ كُلٌّ مِنْهُمَا بِكَذَا لَمْ يَصِحْ فَإِنْ لَمْ يَتَعَذَّر

(**وعكسه**) [بأن][١] باع بدينار أو دنانير إلا [٢ درهمًا لم يصح لأن قيمة المستثنى مجهولة فيلزم الجهل بالثمن، إذ]٢ استثناء المجهول من المعلوم يصيّره مجهولاً، (**أو باع[٣] معلومًا ومجهولاً يتعذر علمه**) كهذه الفرس وما في بطن أخرى(١) (**ولم[٤] يقل: كل منهما بكذا لم يصح**) البيع(٢)؛ لأن الثمن يوزع على المبيع بالقيمة والمجهول لا يمكن تقويمه فلا طريق إلى معرفة ثمن المعلوم، وكذا لو باعه بمائة ورطل خمر(٣) وإن قال: كل منهما بكذا صح في المعلوم بثمنه[٥] للعلم به، (**فإن لم يتعذر**) علم مجهول بيع[٦] مع

= قال المرداوي: «. . . . فإن كثيرًا من الناس، بل كلهم إلا القليل يعلم قيمة الدينار من الدراهم، فلا تحصل الجهالة حالة العقد لغالب الناس على التعليل الثاني» (الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ١٥٠ ـ ١٥١).

(١) في الشرح الكبير والإنصاف ١١/ ١٥١: «فهذا بيع باطل بكل حال، ولا أعلم في بطلانه خلافًا».

(٢) حيث لم يقل حال العقد في كل من المعلوم والمجهول: هذا بكذا، وهذا بكذا.

(٣) لأن الخمر لا قيمة له شرعًا، وما لا قيمة، ولا ينقسم عليه الثمن لا يصح معه البيع.

وخرج في الانتصار صحته على رواية (المصدر السابق).

---

[١] ساقط من/ ف.

[٢ـ٢] ساقط من / ف.

[٣] في/ س بلفظ: (باعه).

[٤] في/ م، ف بلفظ: (لم يقل) بدون الواو.

[٥] في/ م بلفظ: (بثمن).

[٦] فيما عدا / هـ، ز بلفظ: (أبيع).

صَحَّ فِي المَعْلُومِ بِقِسْطِهِ، وَلَوْ بَاعَ مُشَاعًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ كَعَبْدٍ، أَوْ مَا يَنْقَسِمُ عَلَيْهِ الثَّمَنُ بِالأَجْزَاءِ

معلوم[١] (**صح في المعلوم بقسطه**)[٢] من الثمن لعدم الجهالة وهذه إحدى مسائل تفريق الصفقة[٣] الثلاث.

والثانية أشير إليها بقوله: (**ولو باع مشاعًا بينه وبين غيره كعبد**) مشترك بينهما[٤] (**أو ما ينقسم عليه الثمن بالأجزاء**) كقفيزين متساويين

---

(١) كما لو قال: بعتك هذا الثوب، والثوب الذي في البيت صفته كذا وكذا، يقدر أن يريه إياه، بمائة ريال.

(٢) وطريقة ذلك: أن ينظر إلى مجموع قيمة كل من المعلوم، والمجهول بعد رؤيته، ثم تنسب قيمة كل منهما إلى مجموع القيمتين، فيعطي كلاً من المعلوم والمجهول من الثمن بمقدار تلك النسبة، فإذا فرضنا أن الثمن الذي وقع عليه العقد للثوبين مائة، وقيمة المعلوم مائة، وقيمة المجهول خمسون، فيكون ثمن المعلوم ثلثي المائة، وثمن المجهول الثلث الآخر، والله أعلم.

(٣) في المطلع ص ٢٣٢: «الصفقة: المرة من صفق له بالبيعة والبيع: ضرب بيده على يده، والصفقة: عقد البيع؛ لأن المتبايعين يفعلان ذلك، فقولهم: تفريق الصفقة: أي تفريق ما اشتراه من عقد واحد».

واصطلاحًا: أن يجمع بين ما يصح العقد عليه، وبين ما لا يصح العقد عليه في عقد واحد، بثمن واحد (انظر: المقنع مع الشرح والإنصاف ١١/ ١٥١).

(٤) بغير إذن شريكه.

. . . .

صَحَّ فِي نَصِيبِهِ بِقِسْطِهِ، وَإِنْ بَاعَ عَبْدَهُ وَعَبْدَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ أَوْ عَبْدًا وحُرًا أَوْ خَلاً وَخَمْرًا صَفْقَةً وَاحِدَةً صَحَّ

لهما[(١)] (**صح**) البيع[(٢)] (**في نصيبه بقسطه**) من الثمن لفقد الجهالة في الثمن لانقسامه على الأجزاء[(٣)]، ولم يصح في نصيب شريكه لعدم إذنه[(٤)].

والثالثة: ذكرها بقوله: (**وإن باع عبده وعبد غيره بغير إذنه أو**)[(٥)] باع (**عبدًا و**[1]**حرًا أو**) باع (**خلاً وخمرًا صفقة واحدة**)[(٦)] بثمن واحد (**صح**)

---

(١) صفقة واحدة بثمن واحد.
(٢) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف، وعن الإمام أحمد: عدم الصحة للجمع بين ما يصح البيع عليه وما لا يصح (المصدر السابق).
(٣) ويوزع الثمن عليهما كما تقدم.
(٤) على المذهب، إذ لابد أن يكون العقد من مالك أو مأذونًا له فيه، وعلى القول بصحة تصرف الفضولي، يصح بالإجازة، وتقدم في شروط البيع، ولمشتر الخيار إن لم يعلم الحال، لتفريق الصفقة عليه، كما سيأتي.
(٥) صفقة واحدة بثمن واحد.
إذا اشتملت الصفقة على ما يجوز العقد عليه، وما لا يجوز العقد عليه مما له قيمة، كأن يبيع عبده وعبد غيره، وداره ودار غيره صح البيع في ملكه بالقسط من المسمى، وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف.
وعند المالكية: بطلان الصفقة كلها.
(فتح القدير ٦/ ٨٩، والقوانين الفقهية ص ١٧٢، وأسنى المطالب ٢/ ٤٢، ومطالب أولي النهى ٣/ ٤٥).
(٦) وإن اشتملت على ما لا قيمة له كخل وخمر، فالمذهب ومذهب الشافعية =

---

[١] في/ ف، س بلفظ: (أو حرًا).

فِي عَبْدِهِ، وَفِي الخَلِّ بِقِسْطِهِ، وَلِمُشْتَرٍ الخِيَارُ إِنْ جَهِلَ الحَالَ.

البيع (**في عبده**) بقسطه (**وفي الخل**[1] **بقسطه**)(١) من الثمن لأن كل واحد منهما له حكم يخصه[2]، فإذا اجتمعا بقيا على حكمهما(٢) ويقدر خمر [خلا][3] وحر عبداً ليتقسط الثمن(٣) (**ولمشتر الخيار إن جهل الحال**) بين إمساك ما يصح فيه البيع بقسطه من الثمن(٤) وبين رد المبيع لتبعيض الصفقة عليه(٥).

= صحة البيع فيما له قيمة بقسطه من الثمن؛ لما علل به المؤلف.

وعند أبي حنيفة: عدم الصحة مطلقًا.

وعند أبي يوسف ومحمد: الصحة إذا سمى لكل واحد منهما ثمنًا (المصادر السابقة).

(١) دون عبد غيره، ودون الحر، والخمر.

(٢) من الصحة فيما تناط به، والفساد فيما يتعلق به.

(٣) لكون الحر والخمر لايمكن تقسيط الثمن عليهما؛ لعدم صحة بيعهما، والمراد إذا لم يعلم.

(٤) لإمكان العلم بالثمن، وانتفاء الغرر.

في الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ١٥٧: «متى صلح البيع كان للمشتري الخيار، ولا خيار للبائع على الصحيح من المذهب.

وقال الشيخ تقي الدين: يثبت له الخيار أيضًا».

(٥) وإن علم فلا خيار له؛ لدخوله على بصيرة.

---

[1] في/ م، ف بلفظ: (خل).

[2] في/ ش بلفظ: (يخطه).

[3] ساقط من / ش.

. . . .

وإن باع [عبده و][١] عبد غيره بإذنه(١) أو باع عبديه لاثنين(٢)، أو اشترى عبدين من اثنين(٣) أو كليهما بثمن واحد صح وقسط الثمن على قيمتيهما[٢]، وكبيع إجارة ورهن وصلح ونحوها(٤).

* * *

---

(١) بثمن واحد صح البيع؛ لأن جملة الثمن معلومة، كما لو كانا لواحد، ويقسط الثمن على قدر القيمة كما تقدم، ويأخذ قدر ما يقابل عبده.

(٢) بثمن واحد، لكل واحد منهما عبد صح البيع، وقسط الثمن على قيمة العبدين، ويؤدي كل مشتر ما يقابل عبده.

(٣) بثمن واحد صح البيع، ويأخذ كل ما يقابل عبده، وكذا لو كان لاثنين عبدان، فباعهما لرجلين بثمن واحد، صح ويقسط الثمن.

(٤) كالهبة والسلم، وغير ذلك من سائر العقود فيما سبق تفصيله؛ لأن الإجارة بيع منافع، فلو أجره داره ودار غيره بإذنه بأجرة واحدة صح، وقسطت الأجرة على الدارين، وكذا باقي الصور.

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ١٥٧: «والحكم في الرهن والهبة، وسائر العقود إذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع، إلا أن الظاهر فيها الصحة؛ لأنها ليست عقود معاوضة، فلا تؤثر جهالة العوض فيها».

* * *

---

[١] ساقط من/ ش.

[٢] في س، م بلفظ: (قيمتها).

فصل

ولاَ يَصِحُّ البَيْعُ مِمَّنْ تَلْزَمُهُ الجُمْعَةُ بَعْدَ نِدَائِهَا

فصل[١]

(ولا يصح البيع)[٢] ولا الشراء (ممن تلزمه الجمعة[٣] بعد ندائها

---

(١) فيما نهي عنه من البيوع ونحوها.

(٢) وهذا هو المذهب، وكذا عند المالكية أنه بيع فاسد يفسخ ما لم يفت من يد المشتري، فإن فات لزمته القيمة حين القبض لما استدل به المؤلف، والنهي يقتضي الفساد.

وعند الحنفية والشافعية: أن العقد صحيح؛ لأن المنع منه لمعنى في غير البيع وهو ترك السعي، فيبقى البيع في الأصل جائزاً.

ونوقش: بعدم التسليم، فإن النهي يتوجه إلى ذات عقد البيع، وعلى هذا فالأقرب القول الأول.

(بدائع الصنائع ٥/ ٢٣٢، والدر المختار ٤/ ١٣١، وحاشية الطحاوي ص (٢٨٢)، والقوانين الفقهية ص (٥٧)، وحاشية العدوي على الخرشي ٢/ ٩٠، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب ١/ ٣٢٨، وحاشية الجمل على شرح المنهج ٢/ ٥٤، وكشاف القناع ٣/ ١٨١).

والنهي عن البيع بعد نداء الجمعة الثاني للتحريم عند جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة (المصادر السابقة).

(٣) أي لا تصح ممن تلزمه بنفسه، وهو الحر، الذكر، المكلف، المستوطن ببناء معتاد، أو بغيره كمسافر لا يباح له القصر، ومقيم خارج بينه وبين الجمعة أقل من فرسخ (شرح المنتهى ١/ ٢٩١، ومنار السبيل ١/ ١٤١).

فمن لا تجب عليه الجمعة مستثنى من النهي، فلو تبايع اثنان ممن لا =

....

الثَّانِي

الثاني) أي الذي عند المنبر عقب جلوس الإمام على المنبر[١]؛ لأنه الذي كان على عهد رسول الله ﷺ فاختص به الحكم[٢]؛ لقوله تعالى: ﴿إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِن يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾[٣]، والنهي يقتضي الفساد[٤]، وكذا قبل النداء لمن منزله بعيد في وقت وجوب السعي

= تلزمهما الجمعة لم يكره، ولم يحرم (شرح المنهج بحاشية الجمل ٢/ ٥٤، وكشاف القناع ٣٤/ ١٨١).

أما لو وجبت على أحدهما دون الآخر.

فالمذهب: أن البيع لايصح بالنسبة لمن تلزمه الجمعة مع التحريم، ويكره البيع والشراء للآخر الذي لا تلزمه؛ لما فيه من الإعانة على الإثم.

وكذا عند المالكية عدم صحة البيع.

وعند الحنفية والمالكية: يأثمان جميعًا مع صحة البيع؛ لأن من لزمته الجمعة ارتكب النهي، والذي لم تلزمه أعانه عليه، وتقدم أنهم يرون صحة البيع (المصادر السابقة).

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول الجمهور؛ لما استدل به المؤلف.

والمصحح عند الحنفية: أن النهي يتعلق بالأذان الأول؛ لأن الإعلام يحصل بذلك. (المصادر السابقة).

(٢) لأن النداء الأول لم يكن إلا في عهد عثمان رضي الله عنه لما كثر الناس، أخرجه البخاري مع الفتح ٢/ ٣٩٣، فاختص الحكم بما كان على عهد النبي ﷺ.

(٣) سورة الجمعة، آية (٩).

(٤) فنهى الله تعالى عن البيع وقت نداء الجمعة؛ لئلا يتخذ ذريعة إلى التشاغل بالتجارة عن حضورها، وخص البيع لأنه من أهم ما يشتغل به المرء من أسباب المعاش.

وَيَصِحُ

[عليه][١](١)، وتحرم المساومة والمناداة إذن لأنهما وسيلة للبيع[٢] المحرم(٢)، وكذا لو تضايق وقت مكتوبة(٣).

(ويصح) بعد النداء المذكور، البيع لحاجة كمضطر إلى طعام أو سترة ونحوهما(٤)، إذا وجد ذلك يباع.

---

(١) وهو الوقت الذي يمكن إدراكها فيه، وهذا المذهب، ومذهب الشافعية، ويستمر التحريم إلى انقضاء الصلاة (المصادر السابقة).

(٢) والوسائل لها حكم الغايات، وفي حاشية العنقري ٢/ ٤٨: «وتحرم أيضًا الصناعات كلها».

(٣) ولو كان وقت الاختيار؛ لتعيين الوقت للمكتوبة؛ قياسًا على النهي عن البيع بعد نداء الجمعة الثاني، وإن كان الوقت متسعًا لم يحرم ما لم يفت واجبًا كجماعة.

(٤) في حاشية العنقري ٢/ ٤٨ «قوله: ونحوهما كوجود أبيه مع من لو تركه معه لذهب به، وكشراء كفن لميت ضيف عليه، وكشراء مركوب لعاجز ونحو ذلك». وفيه أيضًا «إذا كان في البلد جامعان تصح الجمعة فيهما فسبق نداء أحدهما يحرم ما ذكر، جزم به في الفصول، وظاهره: يقتضي التحريم، ولو أراد أن يصلي في الذي لم يؤذن فيه، قال المحقق عثمان: ويطلب الفرق بينه وبين التنفل بعد الإقامة إذا أراد الصلاة مع غير ذلك الإمام.

الجواب: أن الآية قاضية بالعموم، وأن البيع يشغل أتم اشغال، بخلاف التنفل، وبحث مرعي بالصحة والحالة هذه فعليه لا فرق» اهـ.

---

[١] ساقط من / هـ.

[٢] في/ ف، م بلفظ: (إلى البيع).

النِّكَاحُ وَسَائِرُ العُقُودِ، وَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ عَصِيرٍ مِمَّنْ يَتَخِذَهُ خَمْرًا

ويصح أيضًا (**النكاح وسائر العقود**) كالقرض والرهن [والضمان][١] والإجارة وإمضاء بيع خيار(١)؛ لأن ذلك يقل وقوعه فلا تكون إباحته ذريعة إلى فوات الجمعة أو بعضها(٢) بخلاف البيع.

(**ولا يصح بيع عصير**) ونحوه (**ممن يتخذه**[٢] **خمرًا**)(٣)؛ لقوله

---

(١) أو فسخه.

(٢) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف، ولأن النهي إنما ورد للبيع.

وعند الحنفية والشافعية: أن النهي شامل لكل ما يشغل عن الجمعة، فقد نص الشافعية على حرمة الاشتغال بالعقود والصنائع وغيرها مما فيه تشاغل عن الجمعة.

وعند المالكية: على فسخ البيع والإجارة والتولية والشركة والإقالة والشفعة، دون النكاح والهبة والصدقة والكتابة والخلع (المصادر السابقة).

والأقرب: أن النهي شامل لكل ما يشغل من العقود إلحاقًا لبقية العقود بالبيع، دون الصدقة ونحوها؛ لعدم الإشغال.

(٣) وهذا هو المذهب، فيحرم ولا يصح، لما استدل به المؤلف، ولحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**لعنت الخمر على عشرة أوجه: بعينها، وعاصرها، ومعتصرها، وبائعها، ومبتاعها، وحاملها، والمحمولة إليه، وآكل ثمنها، وشاربها، وساقيها**» رواه ابن ماجه، وصححه ابن السكن كما في التلخيص ٣/ ٧٢.

ولأن ذلك عقد على عين لمعصية الله تعالى بها فلم يصح، ولأن التحريم هنا لحق الله تعالى فأفسد العقد كبيع درهم بدرهمين.

وعند الحنفية: يجوز هذا البيع مع صحته؛ لقوله تعالى: ﴿**وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا**﴾ وقد تم هذا البيع بأركانه وشروطه.

=

---

[١] بياض في / ش.

[٢] في/ ف بلفظ: (يتخذ).

وَلا سِلاحٌ فِي فِتْنَةٍ

تعالى: ﴿ وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالعُدْوَانِ ﴾[١].

(ولا) بيع (سلاح في فتنة)[٢] بين المسلمين لأنه عليه السلام نهى

= وعند الشافعية: يحرم هذا البيع مع صحته؛ لأن النهي راجع إلى معنى خارج عن ذات المنهي عنه، وعن لازمها لكنه مقترن به نظير البيع بعد نداء الجمعة فإنه ليس لذاته ولا لازمها بل لخشية تفويتها.

وعند المالكية: يحرم، ولا يفسخ البيع؛ لكنه يجبر المشتري على إخراجه من ملكه.

(حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٥٠، والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٣/ ٧، وشرح الخرشي ٥/ ١١، وشرح المحلي على المنهاج ٢/ ١٨٤، والإنصاف ٤/ ٣٢٧).

قال في الإنصاف مع الشرح ١١/ ١٧٠: «محل هذا إذا علم أنه يفعل به ذلك على الصحيح.

وقيل: أو ظنه اختاره الشيخ تقي الدين، وهو ظاهر نقل ابن الحكم، قلت: وهو الصواب» اهـ.

ولا فرق بين المسلم والكافر في المنع من بيع العصير لمتخذه خمراً، لعموم الأدلة، ولحرمة ذلك عليه، وإن كنا لا نتعرض له بشرطه أي عدم إظهاره (المصادر السابقة).

(١) سورة المائدة آية (٢).

(٢) لقوله تعالى: ﴿ وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالعُدْوَانِ ﴾.

وقال ابن القيم ٣/ ١٢٢: «قد تظاهرت أدلة الشرع على أن القصود في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده، وفي حله وحرمته، وذكر أن السلاح يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلماً حرام باطل؛ لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان، وإذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد به في سبيل الله فهو طاعة وقربة». وانظر أيضاً: زاد المعاد ٤/ ٢٤٥، ٢٥٣، ط الحلبي ١٣٦٧هـ.

. . . .

عنه(١)، قاله أحمد، [قال][١]: وقد يقتل به ولا يقتل به(٢)، وكذا بيعه لأهل حرب أو[٢] قطاع طريق(٣) لأنه إعانة على معصية[٣]، ولا بيع مأكول ومشموم لمن يشرب عليهما المسكر، ولا قدح لمن يشرب[٤] به، ولا جوز[٥]

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير ١٨/ ١٣٧ ـ ح ٢٨٦، العقيلي في الضعفاء ٤/ ١٣٩، ابن عدي في الكامل ٦/ ٢٢٦٩، البيهقي في السنن الكبرى ٥/ ٣٢٧ ـ البيوع ـ باب كراهية بيع العصير ممن يعصر الخمر والسيف ممن يعصي الله به، الخطيب البغدادي في تاريخه ٣/ ٢٧٨، البزار كما في مجمع الزوائد ٤/ ٨٧، وأحمد بن منيع في مسنده كما في المطالب العالية ٤/ ٢٧٤ ـ ح ٤٤٢٤ ـ كلهم من حديث عمران بن حصين.

والحديث روي من طريقين: الأول: طريق بحر بن كنيز السقاء عن عبد الله اللقيطي عن أبي رجاء عن عمران بن حصين.

والطريق الثاني: طريق محمد بن مصعب القرقساني عن أبي الأشهب عن أبي رجاء عن عمران بن حصين.

وبحر السقاء ضعيف لا يحتج به، كما ضُعف محمد بن مصعب لكثرة أغلاطه وقد تفرد بالحديث عن أبي الأشهب، لذلك جزم البيهقي في السنن الكبرى ٥/ ٣٢٧، والحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/ ١٨ بضعف الحديث مرفوعًا، وصححا وقفه، وقد علق البخاري رواية الوقف بصيغة الجزم من صحيحه ٣/ ١٦ ـ البيوع ـ باب بيع السلاح في الفتنة.

(٢) لما تقدم؛ إذ الوسائل لها حكم المقاصد.

(٣) في كشاف القناع ٣/ ١٨٢: «إذا علم البائع ذلك من مشتريه، ولو بقرائن؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾».

---

[١] ساقط من/ ش، ز.

[٢] في/ م، ف بلفظ: (وقطاع).

[٣] في/ س، ط بلفظ: (معصيته).

[٤] في/ س بلفظ: (يشربه).

[٥] في/ ف بلفظ: (وجوز).

وَلاَ عَبْد مُسْلِم لِكَافِرٍ إِذَا لمْ يعْتِقْ عَلَيْهِ،

وبيض لقمار(١)، ونحو ذلك(٢).

(ولا) بيع ([عبد][1] مسلم لكافر(٣) إذا لم يعتق عليه) لأنه ممنوع من استدامة ملكه عليه لما فيه من الصغار فمنع من ابتدائه، فإن كان يعتق عليه بالشراء صح(٤)؛ لأنه وسيلة إلى حريته(٥).

---

(١) لما تقدم أنه تعاون على الإثم والعدوان.

(٢) كشرائه ممن اكتسبوه؛ لأنه لم ينتقل إلى ملك المكتسب (انظر المصدر السابق).

(٣) لايجوز للكافر استدامة تملك رقيق مسلم اتفاقًا، وهذا الحق لله تعالى؛ لأن الإسلام يعلو ولا يعلى، ولما فيه من إهانة المسلم بملك الكافر له، وقياسًا على تحريم نكاح الكافر مسلمة.

وباتفاق الأئمة يحرم بيع العبد المسلم للكافر، وهل يصح؟

فالمذهب ومذهب الشافعية: أنه لا يصح؛ لما علل به المؤلف.

وعند المالكية: يصح ويجبر على إزالة ملكه عنه.

(انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٤٠، وروضة الطالبين ٣/ ٣٤٤، وجواهر الإكليل ٢/ ٣، والمغني ٦/ ٣٦٨).

وفي حاشية العنقري ٢/ ٤٩: «وقال العلامة ابن قندس في حاشيته على الفروع: وأما بيع الكافر للكافر فيؤخذ مما ذكروه في الأسرى وهو قولهم: وهل يجوز بيع من استرق منهم لكافر؟ فيه روايتان: المشهور عدم الجواز؛ لأن العبد يرجى إسلامه غالبًا كما هو معروف من متابعة العبد سيده على دينه، وخروجه إلى الكافر يبعده عن الإسلام».

(٤) الشراء، واغتفر هذا الزمن اليسير لأجل العتق. والذي يعتق عليه كل ذي رحم محرم منه.

(٥) ولأن ملكه لا يستقر عليه. (كشاف القناع ٣/ ١٨٢).

---

[١] ساقط من / ف.

وَإِنْ أَسْلَمَ فِي يَدِهِ أُجْبِرَ عَلَىٰ إِزَالَةِ مُلْكِهِ وَلا تَكْفِي مُكَاتَبَتُهُ

(وإن أسلم) قن **(في يده)** أي يد كافر أو عند مشتريه منه، ثم رده لنحو عيب(١) **(أجبر على إزالة ملكه)** عنه بنحو بيع أو هبة أو عتق(٢) لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾(٣)، **(ولا تكفي**[١] **مكاتبته)** لأنها لا تزيل ملك سيده عنه(٤)، ولا بيعه بخيار[٢] لعدم انقطاع

---

(١) أي أسلم قن عند مشتريه من كافر، ثم رد على الكافر بنحو عيب أوجب الرد.

(٢) وإنما ثبت الملك في هذه الحال؛ لأن الاستدامة أقوى من الابتداء.

(٣) سورة النساء، الآية: ١٤١، ولقوله ﷺ: «**الإسلام يعلو ولا يعلى عليه**».

(٤) بل يبقى إلى الأداء، ولأنه قد يعجز نفسه.

وفي كشاف القناع ٣/ ١٨٢: «ويدخل العبد ذكرًا كان أو أنثى المسلم في ملك الكافر ابتداء بالإرث. . . وباسترجاعه بإفلاس المشتري بأن اشترى كافر عبدًا كافرًا من كافر ثم أسلم العبد وأفلس المشتري وحجر عليه ففسخ البائع البيع، وإذا رجع في هبته لولده بأن وهب الكافر عبده الكافر لولده ثم أسلم العبد ورجع الأب في هبته، وإذا رد عليه بعيب أي باعه كافرًا ثم أسلم وظهر به عيب فرده، وكذا لو رد بغبن أو تدليس أو خيار مجلس، وإذا اشترى من يعتق عليه كما تقدم، وإذا باعه بشرط الخيار مدة معلومة وأسلم العبد فيها وفسخ البائع البيع، وإذا وجد البائع الثمن المعين معيبًا فرده واسترجع العبد وكان قد أسلم العبد، وفيما إذا ملكه الحربي بأن استولى عليه من مسلم قهرًا، وفيما إذا قال الكافر لشخص: أعتق عبدك المسلم عني وعلي ثمنه، ففعل المسلم، وإذا استولد الكافر أمة مسلمة لولده» اهـ.

---

[١] في/ س بلفظ: (ولا يكفى)، وفي/ ف بلفظ: (وتكفي).

[٢] في/ ط بلفظ: (بخياره).

وَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ بَيْعٍ وَكِتَابَةٍ أَوْ بَيْعٍ وَصَرْفٍ صَحَّ فِي غَيْرِ الكِتَابَةِ

علقه عنه، (**وإن جمع**) في عقد (**بين بيع وكتابة**) بأن باع عبده شيئًا وكاتبه بعوض واحد صفقة واحدة(١) (أو) جمع بين (**بيع وصرف**)(٢) أو إجارة أو خلع أو نكاح بعوض واحد (**صح**)(٣) البيع وما جمع إليه (**في غير الكتابة**)(٤) فيبطل البيع لأنه باع ماله [لماله،][١] وتصح هي(٥)؛ لأن البطلان

---

(١) أي بعقد واحد وثمن واحد.

(٢) في كشاف القناع ٣/ ١٧٩: «أو جمع مع بيع صرفًا بعوض واحد بأن عبدًا وصارفه مائة درهم بمائة دينار، قال الشيخ التقي في شرح المحرر: ولابد أن يكون الثمن من غير جنس ما مع المبيع مثل أن يبيعه ثوبًا ودراهم بذهب، فإن كان من جنسه فهي مسألة مد عجوة».

(٣) في كشاف القناع ٣/ ١٧٩: «وإن جمع مع بيع إجارة بأن باعه عبدًا وآجره بآخر بعوض واحد، قال القاضي: فإن قال: بعتك داري هذه وأجرتكها شهرًا بألف فالكل باطل؛ لأن من ملك الرقبة ملك المنافع فلا يصح أن يؤاجر منفعة ملكها عليه.

قلت: وللصحة وجه بأن تكون مستثناة من البيع، قال الشيخ تقي الدين في شرح المحرر: . . . أو جمع مع بيع خلعًا بعوض واحد بأن قالت: ابتعت منك عبدك واختلعت نفسي بمائة درهم، أو جمع مع بيع نكاحًا بعوض واحد كبعتك عبدي وزوجتك أمتي بألف».

(٤) أي في صورة ما إذا كاتبه وباعه صفقة واحدة، كبعتك عبدي هذا وكاتبتك بمائة درهم.

(٥) أي تصح الكتابة بقسطها من الثمن.

---

[١] ساقط من/ ف، وفي/ س بلفظ: (لمال).

وَيُقَسط العِوَضُ عَليهِمَا، وَيُحَرمُ بَيْعُهُ علَىٰ بَيْعِ أَخِيْهِ، كَأَنْ يَقُول لِمَنْ اشْتَرَىٰ

وجد في البيع فاختص به، (**ويقسط العوض عليهما**) أي على المبيع وما جمع إليه بالقيم[1].

(**ويحرم بيعه على بيع أخيه**)[2] المسلم[3] (**كأن يقول لمن اشترى**

---

(١) وفي حاشية العنقري ٢/ ٥١ «أن ينظر إلى قيمة العبد لو بيع وحده، وإلى أجرة الدار سنة لو أجرت وحدها، ويجمع بين عوضيهما، وينسب كل واحد من العوضين إلى مجموع العوضين، ويؤخذ من المسمى بقسطه».

مثال ذلك: باع سيارة، وأجره بيتًا بـ ١٥٠ درهمًا، وقيمة السيارة وحدها (١٢٠) درهمًا، وأجرة البيت وحده (٦٠) درهمًا، فمجموع القيمتين (١٨٠) درهمًا.

فنسبة قيمة السيارة إلى مجموع القيمتين الثلثان، فيخص السيارة (١٠٠) درهمًا، والأجرة (٥٠) درهمًا.

(٢) فالبيع على بيع أخيه: أن يبيعه سلعة بثمن، وقبل لزوم العقد يجيء آخر ويقول: أنا أبيعك مثلها بأنقص من هذا الثمن، أو خيرًا منها بمثل هذا الثمن أو أقل منه.

(فتح القدير لابن همام ٥/ ٢٣٩، والمنتقى للباجي ٥/ ١٠٠، ومغني المحتاج ٢/ ٣٧، والمبدع ٤/ ٤٥).

وهو محرم؛ لنهي النبي ﷺ، والأصل في النهي أنه يقتضي التحريم.

قال ابن رجب في جامع العلوم والحكم، حديث (٣٥) ص (٣٣٠): «واختلفوا هل النهي للتحريم أو التنزيه؟ فمن أصحابنا من قال: هو للتنزيه، والصحيح الذي عليه جمهور العلماء: أنه للتحريم».

(٣) قال ابن رجب في جامع العلوم ص (٣٣٠): «... وخرج مسلم من حديث عقبة بن عامر عن النبي ﷺ قال: «**المؤمن أخو المؤمن، فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبته حتى يذر**».

سِلْعَةً بِعَشْرَةٍ: أَنَآ أُعْطِيكَ مِثْلَهَا بِتِسْعَةٍ، وَشِرَاؤُهُ عَلَىٰ شِرَائِهِ كَأَنْ يَقُول لِمَنْ باعَ سِلْعَةً

سلعة بعشرة: أنا أعطيك مثلها بتسعة) لقوله عليه السلام: «**لا يبع بعضكم على بيع بعض**»(١).

(و) يحرم أيضًا **(شراؤه على شرائه**(٢) **كأن يقول لمن باع سلعة**

= وهذا دليل على أن هذا حق المسلم على المسلم فلا يساويه الكافر في ذلك، بل يجوز للمسلم أن يبتاع على بيع الكافر ويخطب على خطبته، وهو قول الأوزاعي وأحمد.

وكثير من الفقهاء ذهبوا إلى أن النهي عام في حق المسلم والكافر» اهـ.

والأقرب: العموم؛ لتحريم الظلم، والحديث محمول على الغالب إلا إن كان الكافر حربيًا لعدم احترامه.

(١) أخرجه البخاري ٣/ ٢٤، ٢٨ - البيوع - باب لا يبع على بيع أخيه، وباب النهي عن تلقي الركبان، ٦/ ١٣٦ - النكاح - باب لا يخطب على خطبة أخيه، مسلم ٢/ ١٠٣٢ - النكاح - ح ٤٩، ٣/ ١١٥٤ - البيوع - ح ٧ - من حديث عبد الله بن عمر.

(٢) فالشراء على شرائه: أن يشتري منه سلعة بثمن فيجيء آخر قبل لزوم العقد فيدفع فيها أكثر من الثمن الذي اشترى به. (مغني المحتاج ٢/ ٣٧، والمبدع ٤/ ٤٥).

وهو محرم؛ لما استدل به المؤلف رحمه الله، قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص (١٢٢): «ويحرم الشراء على شراء أخيه، وإذا فعل ذلك كان للمشتري الأول مطالبة البائع بالسلعة وأخذ السلعة أو عوضها».

ومثل ذلك: اقتراضه على اقتراضه، واتهابه على اتهابه، وطلبه العمل في الولايات، ونحو ذلك لما في ذلك من الإضرار بالمسلم، ولما يورثه من العداوة بين المسلمين.

بِتِسْعَةٍ: عِنْدي فِيهَا عَشْرَةٌ؛ لِيَفْسَخَ وَيَعْقِدَ مَعَهُ

بتسعة: عندي فيها عشرة) ؛ لأنه في معنى البيع عليه المنهي عنه، ومحل ذلك [إذا][١] وقع في زمن الخيارين(١) **(ليفسخ)** المقبول له العقد **(ويعقد معه)**(٢).

وكذا سومه [على سومه][٢] بعد الرضى صريحًا لا بعد رد(٣).

---

(١) أي زمن خيار المجلس وزمن خيار الشرط.

وهذا هو المذهب؛ لأنه لا يتمكن من الفسخ إلا زمن الخيار (الإنصاف مع الشرح ١١/ ١٧٧).

وقال ابن رجب في جامع العلوم والحكم ص (٣٣١): «فيه اختلاف بين العلماء وقد حكاه الإمام أحمد في رواية حرب، ومال إلى القول بأنه عام في الحالين - أي زمن مدة الخيار وبعدها - وهو قول طائفة من أصحابنا.

ومنهم من خصه بما إذا كان في مدة الخيار وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن مشيش ومنصوص الشافعي والأول: أظهر؛ لأن المشتري وإن لم يتمكن من الفسخ بنفسه بعد انقضاء مدة الخيار فإنه إذا رغب في رد السلعة الأولى على بائعها، فإنه يتسبب في ردها عليها بأنواع من الطرق المستفيضة لضرره ولو بالإلحاح عليه بالمسألة، و ما أدى إلى ضرر المسلم كان محرمًا».

(٢) وظاهره: أنه إذا لم يقصد الفسخ ليعقد مع البائع الثاني أنه لا بأس به، فإذا باعه زيد بمائة، ثم باعه عمرو بثمانين، واشترى من عمرو بقصد الاستزادة من السلع، لا بقصد الفسخ أنه لا بأس به، والله أعلم.

(٣) السوم على السوم ينقسم إلى قسمين:

الأول: بيع المزايدة وهي: أن يطلق النداء على سلعة، ويطلب الزيادة عليها، وهذا جائز عند جمهور أهل العلم؛ لما ورد أن النبي ﷺ «باع حلسًا =

---

[١] ساقط من/ س.

[٢] ساقط من/ ش.

وَيَبْطُلُ العَقْدُ فيهما

(**ويبطل العقد فيهما**) أي في البيع على بيعه والشراء على شرائه[1]،

= وقدحًا وقال: **من يشتري هذا الحلس والقدح**؟ فقال رجل: أخذتهما بدرهم، فقال النبي ﷺ: **من يزيد على درهم**؟ فأعطاه رجل درهمين فباعهما منه» رواه أحمد والترمذي والنسائي وحسنه الترمذي.

(فتح القدير لابن الهمام ٥/ ٢٤١، والمنتقى للباجي ٥/ ١٠١، ومغني المحتاج ٢/ ٣٧، والمبدع ٤/ ٤٥، والمحلى ٨/ ٤٤٧).

وقال شيخ الإسلام : «لو قيل: إنه في بيوع المزايدة ليس لأحدهما أن يفسخ لما فيه من الضرر بالآخر لكان متوجهًا».

الثاني: أن يركن كل واحد من المتعاقدين إلى الآخر فيرضى البائع بالثمن، والمشتري بالسلعة فيحرم السوم حينئذ عند جمهور أهل العلم، وهو المذهب، و يكره عند الحنفية، فإن كان بعد العقد فهو البيع على بيعه (المصادر السابقة).

لكن لو سمع البائع بعد الركون أن زيدًا يريد السلعة فذهب إليه وطلب منه الزيادة فلا بأس.

(١) وهذا هو المذهب، وقول للمالكية، وهو قول الظاهرية؛ لحديث عبد الله بن عمر ضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**لا يبع بعضكم على بيع أخيه**» متفق عليه، والنهي يقتضي الفساد لعوده إلى ذات المنهي عنه.

وعند الحنفية والقول الآخر للمالكية وهو مذهب الشافعية: صحة العقد مع التحريم.

وعللوا: بأنه سوم على بيع لم يتم، ولأنه إذا صح الفسخ الذي حصل به الضرر، فالبيع المحصل للمصلحة أولى.

ونوقش: بعدم التسليم أنه سوم، بل بيع.

ونوقش التعليل الثاني: بأنه اجتهاد في مقابلة النص، وعلى هذا =

. . . .

. . . .

ويصح في السوم على سومه[١]، والإجارة كالبيع في ذلك[٢].

ويحرم بيع حاضر لباد[٣]، ويبطل إن قدم ليبيع سلعته بسعر يومها

= فالأقرب البطلان.

(فتح القدير ٥/ ٢٣٩، والمنتقى للباجي ٥/ ١٠٠، وبداية المجتهد ٢/ ١٦٥، والأم ٣/ ٨١، والفروع ٤/ ٤٥، والمبدع ٤/ ٤٥، والمحلى ٨/ ٤٤٧).

(١) لأن النهي يعود إلى خارج لا إلى ذات المنهي عنه، وهذا قول جمهور أهل العلم (المصادر السابقة).

وقيل: لا يصح كشرائه وبيعه عليه زمن خيار (تصحيح الفروع ٤/ ٤٥).

(٢) فيحرم أن يؤجر على إجارة غيره ولا يصح، ولا يسوم على سومه في الإجارة بعد الرضا الصريح، وكذا سائر العقود، لما في ذلك من الإيذاء، وما يؤدي إليه من التباغض.

(٣) الحاضر: جمعه حضور، وهو الحي العظيم، أو القوم الذين حضروا الدار التي بها مجتمعهم.

والحاضر: المقيم في المدن والقرى، وهوخلاف المسافر.

(تهذيب اللغة ٤/ ١٩٨، ولسان العرب مادة «حضر» وترتيب القاموس ١/ ٦٥٩).

والبادي: المقيم بالبادية، وهي مشتقة من بدا يبدو: أي برز وظهر.

والبادية: اسم للأرض التي لا حضر فيها.

(تهذيب اللغة ١٤/ ٢٠٣، وترتيب القاموس ١/ ٢٣٣).

والمراد بالبادي: من يدخل البلدة من غير أهلها لبيع سلعة سواء كان بدويًا أو غير بدوي (انظر: فتح الباري ٥/ ٣٧٥). =

. . . .

. . . .

جاهلاً[١] بسعرها، وقصده الحاضر وبالناس حاجة إليها(١).

= وبيع الحاضر للبادي محرم؛ لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**لا تلقوا الركبان، ولا يبع حاضر لباد**»، قال: قلت لابن عباس: ما قوله: «**لا يبع حاضر لباد؟**» قال: لا يكون له سمساراً» متفق عليه؛ ولحديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**لا يبع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض**» رواه مسلم.

والحكمة من النهي: أن بيع الحاضر للباد يضر بالناس؛ لأن ترك البدوي يبيع سلعته بنفسه يشتريها الناس برخص؛ فيوسع عليهم في السعر، فإذا تولى الحاضر بيعها وامتنع من البيع إلا بسعر البلد ضاق على أهل البلد، ويدل لذلك حديث جابر السابق.

(نيل الأوطار ٥/ ٢٦٤، وسبل السلام ٣/ ٢٧).

(١) فيشترط عند الحنفية: أن يكون أهل البلدة في قحط وعوز من الطعام، والعلف (فتح القدير ٥/ ٢٤٠).

وعند المالكية: يشترط أن يكون بدوياً من الأعراب، فإن كان من أهل القرى فلا بأس إلا إذا كان لا يعرف السعر (المنتقى للباجي ٥/ ١٠٣، والتاج والإكليل ٤/ ٣٧٨).

وعند الشافعية: يشترط:

١ - العلم بالنهي.

٢ - أن تكون السلعة مما يحتاج إليها.

٣ - أن يقصد الحاضر البدوي.

٤ - أن يظهر بيع تلك السلعة في ذلك البلد.

(المهذب ١/ ٢٩١، وفتح الباري ٥/ ٢٧٥).

[١] في/ ش بلفظ: (وجاهلاً).

وَمَنْ بَاعَ رِبَوِيًا بِنَسِيئَةٍ، وَاعْتَاضَ عَنْ ثَمَنِهِ مَا لاَ يُبَاعُ بِهِ نَسِيئَةً،

(ومن باع ربويًا بنسيئة) أي مؤجل وكذا حال لم يقبض **(واعتاض عن ثمنه ما لا يباع به نسيئة)** كثمن بر اعتاض عنه[١] برًا أو غيره من المكيلات لم يجز(١) لأنه ذريعة لبيع الربوي بالربوي نسيئة.

= وعند الحنابلة: يشترط:

١ ـ أن يقصد الحاضر البدوي ليبيع له.

٢ ـ أن يكون البادي جاهلاً بالسعر.

٣ ـ أن يكون البادي قد جلب السلعة للبيع.

٤ ـ أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها.

٥ ـ أن يكون بالناس حاجة إليها. (المبدع ٤/ ٤٦).

(١) وكذا لو اشترى بثمن الموزون موزونًا.

وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

واختار ابن قدامة: الصحة مطلقًا إذا لم يكن حلية، وكذا اختار شيخ الإسلام الصحة إذا كان ثمَّ حاجة وإلا فلا (الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ١٩٦).

قال ابن قدامة في المغني ٦/ ٢٦٤: «والذي يقوى عندي جواز ذلك إذا لم يفعله حيلة، ولا قصد ذلك في ابتداء العقد كما قال علي بن الحسين فيما روى عنه عبد الله بن زيد، قال: قدمت على علي بن الحسين فقلت له: إني أجذ نخلي وأبيع ممن حضرني التمر إلى أجل فيقدمون بالحنطة وقد حل الأجل فيوقفونها بالسوق فأبتاع منهم وأقاصهم، قال: لا بأس بذلك إذا لم يكن منك على رأي».

وذلك لأنه اشترى الطعام بالدراهم التي في الذمة بعد لزوم العقد الأول فصح كما لو كان المبيع الأول حيوانًا أو ثيابًا.

---

[١] في/ س بلفظ: (منه).

أَو اشْتَرىٰ شَيْئًا نَقْدًا بِدُونِ مَا بَاعَ بِهِ نَسِيئَةً لا بِالعَكْسِ لَمْ يَجُزْ

وإن اشترى من المشتري طعامًا بدراهم وسلمها إليه[١] ثم أخذها منه وفاء(١) أو لم يسلمها إليه لكن قاصّه جار(٢).

(**أو اشترى شيئًا**) ولو غير ربوي (**نقدًا بدون ما باع به نسيئة**) أو حالاً لم يقبض، (**لا بالعكس لم يجز**) لأنه ذريعة إلى الربا ليبيع ألفًا بخمسمائة وتسمى: مسألة العينة(٣)، وقوله: لا بالعكس، يعني: لا إن

---

(١) أي عن ثمن الربوي الأول.

(٢) حيث سقط عن كل واحد منهما ما يلزمه للآخر، ولا يحتاج لرضاهما، كأن يشتري منه صاعًا بدرهم مؤجلاً، ثم يشتري البائع من المشتري صاعًا بدرهم مثلاً، فيكون لكل واحد منهما على صاحبه درهم فيتحاصان بأن يقول أحدهما: أسقط الذي علي من الذي عليك، وإن عين الدرهم بأن قال: اشتريت منك صاعًا بالدرهم الذي عندك لم يصح.
(حاشية العنقري ٢/ ٥٣، وحاشية ابن قاسم ٣/ ٣٨٣).

(٣) قال الخليل: «اشتقت من عين الميزان، وهي زيادته» وقال ابن فارس: «لأن العينة لابد أن تجر زيادة»، وقال الأزهري: «اشتقاقها من العين وهو النقد الحاضر يحصل له من فوره»، وتطلق أيضًا لغة على خيار الشيء، وعلى مادة الحرب، وعلى الربا.
(الصحاح ٦/ ٢١٧٢، وتهذيب اللغة ٣/ ٢٠٥، ومعجم مقاييس اللغة ٤/ ٢٠٣، ولسان العرب ١٣/ ٣٠٦).
وسميت بهذا الاسم؛ لحصول النقد لصاحب العينة؛ لأن العين هو المال الحاضر من النقد، والمشتري إنما يشتريها ليبيعها بعين حاضرة تصل إليه معجلة، وقيل: سميت بذلك لإعانة أهلها للمضطر على تحصيل مطلوبه على وجه الحيلة، وقيل: لأن البائع يعود إليه عين ماله.

---

[١] في / س بلفظ: (إليهم).

. . . .

اشتراه بأكثر مما باعه به فإنه جائز كما لو اشتراه. . . . .

= (النهاية ٣/ ٣٣٤، وحاشية الدسوقي ٣/ ٨٨، وسبل السلام ٣/ ٢٤).

وفي الاصطلاح: هو بيع سلعة بثمن مؤجل، ثم شراؤها ممن اشتراها بأقل منه نقدًا (المغني ٦/ ٢٦٢).

وقال ابن عبد البر في الكافي ٢/ ٦٧٢: «تحيل في بيع دراهم أكثر منها إلى أجل بينهما سلعة محللة».

واتفق الفقهاء رحمهم الله على تحريم العينة إذا كان هناك شرط مذكور في نفس العقد الأول على الدخول في العقد الثاني.

(المحلى ٩/ ٦٨٦، ومجموع الفتاوى ٢٨/ ٧٤).

فإن لم يكن شرط: فجمهور أهل العلم على تحريم العينة.

وعند الشافعية وابن حزم من الظاهرية: جوازها.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٩٨، وأسهل المدارك ٢/ ٢٥٦، ومختصر المزني ٢/ ٢٠١، ونهاية المحتاج ٣/ ٤٦٠، ومجموع الفتاوى ٢٩/ ٤٣٠، وتهذيب السنن ٥/ ١٠٠، والإنصاف ٤/ ٣٣٥).

واستدل الجمهور: بحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم**» رواه أحمد وأبو داود والبيهقي، وقال شيخ الإسلام في مجموع الفتاوى ٢٩/ ٣٠: «بإسنادين جيدين عن ابن عمر» وقال ابن القيم في تهذيب السنن ٥/ ١٠٤: «له ثلاثة طرق. . . وهذان إسنادان حسنان يشد أحدهما الآخر».

ولقول عائشة رضي الله عنها لما قالت أم ولد زيد بن أرقم: يا أم المؤمنين: إني بعت غلامًا من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم نسيئة، وإني ابتعته بستمائة درهم نقدًا، فقالت عائشة: بئسما اشتريت، وبئسما شريت إن =

. . . .

. . . .

. . . .

= جهاده مع رسول الله ﷺ بطل إلا أن يتوب» رواه عبد الرزاق والبيهقي.

قال في نصب الراية ٤/ ١٦ : «قال في التنقيح : هذا إسناد جيد»، وصححه ابن القيم في إعلام الموقعين ٣/ ١٦٧ .

ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : «**من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا**» رواه أبو داود والترمذي وصححه، والنسائي والبيهقي، وصححه ابن حزم في المحلى ٩/ ٦٢٩ ، فإن أخذ الثمن الزائد فالربا، وإن أخذ أوكسهما لم يرب.

(انظر : مجموع الفتاوى ٢٩/ ٤٤١ ، وتهذيب السنن ٥/ ١٠٦).

ولأن الصحابة كعائشة وابن عباس وأنس رضي الله عنهم أفتوا بتحريم العينة، ولم يرو عن واحد من الصحابة إباحتها فكان إجماعًا (إعلام الموقعين ٣/ ١٦٩).

ودليل من أباح العينة : قوله تعالى : ﴿**وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**﴾ وقوله تعالى : ﴿**وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ**﴾ فالعينة حلال ولم يأت تفصيلها بكتاب تحريمها ولا سنة عن رسول الله ﷺ ﴿**وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا**﴾ (المحلى ٩/ ٦٨٧).

ونوقش : بعدم التسليم فقد تقدم بيان تحريمها من السنة.

ولحديث أبي سعيد وأبي هريرة رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ «استعمل رجلاً على خيبر فجاءه بتمر جنيب، فقال رسول الله ﷺ : «**أكل تمر خيبر هكذا؟** قال : لا، والله يا رسول الله، إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ : «**لا تفعل بع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيبًا**» متفق عليه.

فالنبي ﷺ أمر بالشراء بقوله : «**ثم ابتع بالدراهم جنيبًا**» وهذا يشمل =

. . . .

. . . .

بمثله[١].

وأما عكس مسألة العينة بأن باع سلعة بنقد ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة[٢] فنقل أبو داود: يجوز[[١]] بلا حيلة[٣]، ونقل حرب: أنها مثل مسألة العينة[٤]، وجزم به المصنف في «الإقناع»[٥] وصاحب «المنتهى»[٦] وقدمه في «المبدع»[٧] وغيره.

= الذي باع عليه الجمع وغيره ولم يفصل، وترك الاستفصال في مقام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال (سبل السلام ٣/ ٢٤).

ونوقش: بأنه مطلق قيد بالأدلة الدالة على النهي عن العينة.

وعلى هذا فالراجح: قول جمهور أهل العلم.

(١) أي فإنه جائز؛ لانتفاء الربا المتوسل إليه به (انظر: الفروع ٤/ ١٦٩، وكشاف القناع ٣/ ١٨٥).

(٢) عكس مسألة العينة: أن يبيع السلعة بنقد يقبضه، ثم يشتريها البائع من المشتري بأكثر من الثمن الأول من جنسه نسيئة.

مثال ذلك: أن يبيع سلعة بمائة ريال نقداً، ثم يشتريها البائع بمائة وخمسين ريالاً مؤجلة إلى سنة.

(٣) مسائل أحمد لأبي داود ص ١٩٢، فإن كان هناك حيلة وشرط فلايجوز باتفاق الفقهاء (بداية المجتهد ٢/ ١٥٣).

(٤) الفروع ٤/ ١٧٠.

(٥) مع شرحه ٣/ ١٨٥.

(٦) مع شرحه ٢/ ١٥٨.

(٧) ٤/ ٤٨.

---

[١] في/ س بلفظ: (ويجوز).

. . . .

قال في «شرح المنتهى»[١]: وهو المذهب[٢]؛ لأنه يتخذ وسيلة للربا كمسألة العينة، وكذا العقد الأول[٣] فيهما حيث كان وسيلة إلى الثاني فيحرم، ولا يصح.

(١) معونة أولي النهى شرح المنتهى لابن النجار ٤/ ٦٦.

(٢) فالمذهب، ومذهب الحنفية: تحريم عكس العينة؛ لما علل به المؤلف، فقد ترتب في الذمة الواحدة دراهم مؤجلة بأقل منها نقداً، لكن في العينة المشتري هو الذي شغلت ذمته، وفي عكسها البائع هو الذي شغلت ذمته فلا فرق (انظر: تهذيب السنن ٥/ ١٠٧).

وعن الإمام أحمد: تجوز إذا لم تكن حيلة؛ لأن الأصل في البيع الحل، وإنما حرم في العينة للنص الوارد فيها.

(بدائع الصنائع ٥/ ٢٠٠، والمغني ٦/ ٢٦٣، والإنصاف ٤/ ٣٣٦).

(٣) اتفق القائلون بتحريم العينة على بطلان العقد الثاني (مواهب الجليل ٤/ ٤٠٣) لكن اختلفوا في حكم العقد الأول على قولين:

القول الأول: أنه محرم وباطل، وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية؛ لما علل به المؤلف، ولقول عائشة لأم ولد زيد بن أرقم: «بئس ما شريت، وبئس ما اشتريت» فذمت العقدين معاً.

والقول الثاني: صحة العقد الأول، وهو مذهب الحنفية؛ لأنه تم بشروطه وأركانه فطريان الثاني عليه لا يبطله.

(العناية شرح الهداية ٦/ ٦٨، ومواهب الجليل ٤/ ٤٠٣، والفروع ٤/ ١٧٠، وتهذيب السنن ٥/ ١٠٧).

والأقرب: بطلان العقد الأول إن كان هناك شرط وحيلة؛ لأنه لم يكن مقصوداً حينئذ لذاته بل وسيلة للثاني، والثاني باطل فكذا وسيلته؛ ولأن الأمور بمقاصدها.

. . . .

وَإِن اشْتَرَاهُ بِغَيْرِ جِنْسِهِ أَوْ بَعْدَ قَبْضِ ثَمَنِه أَوْ بَعْدَ تَغيُرِ صِفَتِه،

(وإن اشتراه) أي اشترى المبيع في مسألة العينة أو عكسها **(بغير جنسه)** بأن باعه بذهب ثم اشتراه بفضة أو بالعكس[1] **(أو)** اشتراه **(بعد قبض ثمنه[2] أو بعد تغير صفته)** بأن هزل العبد، أو نسي صنعته، أو تخرق الثوب[3].

---

(١) إذا باع السلعة بنقد ثم اشتراها بعرض، سواء كان أقل من النقد أو أكثر، فجائز بالإجماع؛ لأن التحريم إنما كان لشبهة الربا، ولا ربا بين الأثمان والعروض، لكن يقيد ما لم يكن حيلة (المغني ٦/ ٢٦٣).

فإذا باع بنقد بأن باع السلعة بمائتي درهم ثم اشتراها بعشرة دنانير، فمذهب الحنفية والمالكية واختاره ابن قدامة: تحريم ذلك؛ لأنهما في الثمنية كجنس واحد، فيتحقق الربا بمجموع العقدين، ولأن ذلك يكون ذريعة للعينة والواجب سد الذرائع.

وعند الحنابلة: جواز ذلك؛ لأنهما جنسان لا يحرم التفاضل بينهما فجاز كما لو اشتراها بعرض، أو بمثل الثمن (المصادر السابقة).

والأقرب: عدم جواز ذلك؛ لما علل به المحرمون، وهذا ما لم يكن حيلة، فإن كان حيلة حرم بالاتفاق.

(٢) فإن اشترى البائع السلعة من المشتري بعد أن قبض ثمنها من المشتري جاز باتفاق الأئمة. (تبيين الحقائق ٤/ ٥٣، وأسهل المدارك ٢/ ٢٥٦، ومواهب الجليل ٤/ ٣٩٣، وحاشية العنقري على الروض ٢/ ٥٤).

(٣) أو صدمت السيارة، فيجوز أن يشتريها البائع بأقل مما باعها به، لأن الملك لم يعد إليه على الهيئة التي خرج بها عن ملكه فلا يتحقق فيه ربح ما لم يضمن. (المبسوط ١٣/ ١٢٣). ولأن نقص الثمن مقابل نقص المبيع أو عيبه، وليس المقصود به التوسل إلى الربا (انظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٩٩، والمغني ٦/).

لكن يقيد ذلك: بأن يكون ما نقص من الثمن مقابل ما نقص من العيب.

. . . .

أَوْ مِنْ غَيْرِ مُشْتَرِيهِ، أَوْ اشْتَرَاهُ أَبُوهُ أَوْ ابْنه جَازَ.

(أو) اشتراه (**من غير مشتريه**) بأن باعه مشتريه أو وهبه ونحوه[1]، ثم اشتراه بائعه ممن صار إليه جاز[2]، (**أو اشتراه أبوه**) أي أبو بائعه (**أو ابنه**) أو مكاتبه أو زوجته (**جاز**)، الشراء ما لم يكن حيلة على التوصل إلى فعل مسألة[3] العينة[4].

---

(١) أو ورث عنه، ونحو ذلك من أسباب الانتقال.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٦/ ٦٨، ومواهب الجليل ٤/ ٣٩٤، والمغني ٦/ ٢٦٤؛ لأن اختلاف سبب الملك كاختلاف العين.

لكن لو اشتراها البائع من وارث المشتري، فالمذهب ومذهب المالكية: جواز ذلك؛ لتغير المالك؛ لأن المنع إنما هو من الشراء من المشتري أو وكيله.

وعند الحنفية: عدم جواز ذلك؛ لأن الملك لم يختلف، والوارث قام مقام مورثه بدليل أن له رده بالعيب (بدائع الصنائع ٥/ ١٩٩، ومواهب الجليل ٤/ ٣٩٤، وكشاف القناع ٣/ ١٨٥).

والأقرب: ما ذهب إليه المالكية والحنابلة؛ لتغير المالك، فانتفت شبهة الربا.

(٣) إذا كان المشتري قريب البائع، وهو كل من لا تقبل شهادته له.

فالمذهب ومذهب المالكية: جواز ذلك ما لم يكن حيلة؛ لاختلاف المالك، ومع الحيلة يكون بمنزلة شراء البائع نفسه، لكن عند المالكية كراهة ذلك.

وعند أبي حنيفة: عدم جواز ذلك؛ لأن شراء هؤلاء بمنزلة شراء البائع بنفسه كما لا تقبل شهادة أحدهما للآخر (المصادر السابقة).

ونوقش: بعدم التسليم لتباين الملاك، وعلى هذا فالأقرب: الجواز مع عدم الحيلة.

(٤) فما قيل بجواز في المسائل السابقة مشترط بأن لا يكون هناك حيلة إلى بيع العينة.

=

. . . .

ومن احتاج إلى نقد فاشترى ما يساوي مائة بأكثر ؛ ليتوسع بثمنه فلا بأس، وتسمى: مسألة التورق(١).

= قال ابن القيم في إعلام الموقعين ٣/ ٣٢٣: «ومن الحيل المحرمة الباطلة: التحيل على جواز مسألة العينة مع أنها حيلة في نفسها على الربا، وجمهور الأئمة على تحريمها، وقد ذكر أرباب الحيل لاستباحتها عدة حيل منها: أن يحدث المشتري في السلعة حدثًا تنقص به أو تتعيب. . . ، ومنها: أن تكون السلعة قابلة للتجزئ فيمسك جزءاً منها ويبيعه بقيتها، ومنها: أن يضم البائع إلى السلعة سكينًا أو منديلاً أوحلقة حديد ونحو ذلك».

لحديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**قاتل الله اليهود، إن الله تعالى لما حرم عليهم شحومها جملوه، ثم باعوه، فأكلوا ثمنه**» متفق عليه.

ولقوله ﷺ: «**لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل**» رواه ابن بطة في إبطال التحليل ص (٤٧) قال شيخ الإسلام في الفتاوى الكبرى ٣/ ١٢٣: «وهذا إسناد جيد يصحح مثله الترمذي وغيره تارة، ويحسن تارة» وقال ابن كثير في تفسيره ٢/ ٢٥٧: «وهذا إسناد جيد».

(١) التورق لغة مأخوذ من الورق، وهو يأتي في اللغة لعدة معان هي: ورق الشجر، المال بجميع أنواعه، الدراهم، الدم الذي يسقط من الجرح، النضرة، الحي من كل حيوان، حسن القوم وجمالهم (تهذيب اللغة ٩/ ٢٨٩، ولسان العرب ١٠/ ٣٧٤، وتاج العروس ٦/ ٨٦).

وفي الاصطلاح: أن يشتري من يحتاج مالاً، سلعة مؤجلة بأكثر من قيمتها حالة، ثم يبيعها على أجنبي نقداً (الفروع ٤/ ١٧١، وشرح المنتهى ٢/ ١٥٨).

=

. . . .

. . . .

. . . .

حكم مسألة التورق:

إذا اشترى السلعة لقصد الدراهم لحاجته إليها، ولم يقصد ذات السلعة للأكل أو الانتفاع أو التجارة، فقد اختلف العلماء رحمهم الله في ذلك.

القول الأول: الجواز، وهو المذهب ومذهب الحنفية والمالكية واختيار الشيخ محمد بن إبراهيم رحمه الله.

لكن عند الحنفية والمالكية: كراهة التورق مع جوازها.

ودليل الجواز: قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ فيدخل في ذلك بيع التورق.

ولأن الأصل حل جميع المعاملات إلا ما قام الدليل على منعه، ولا دليل على منع التورق.

ولأن الحاجة قائمة إليها، فليس كل أحد اشتدت حاجته إلى النقد يجد من يقرضه، ولأن العين لم ترجع إلى البائع الذي خرجت منه فلا محذور.

والقول الثاني: تحريم التورق، وهو رواية عن أحمد اختارها شيخ الإسلام ومال إليها ابن القيم، وهو قول عمر بن عبد العزيز، والشيخ محمد ابن عبد الوهاب.

ودليل التحريم: أن النبي ﷺ «**نهى عن بيع المضطر**» رواه أحمد وأبو داود والبيهقي، لكن في إسناده مبهمًا.

قال شيخ الإسلام في الفتاوى الكبرى ٣/ ١٣٧: «وإن كان في راويه جهالة فله شاهد من وجه آخر، رواه سعيد. . . وهذا الإسناد وإن لم تجب به حجة فهو يعضد الأول» اهـ.

والتورق يقع من رجل مضطر إلى نقد.

ويقول ابن عباس رضي الله عنهما: «إذا استقمت بنقد ثم بعت بنقد فلا بأس به، وإذا استقمت بنقد ثم بعت نسيئة فتلك دراهم بدراهم». رواه سعيد ابن منصور.

. . . .

. . . .

ويحرم التسعير(١) . . . .

= ولأن الله حرم أخذ دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل لما في ذلك من ضرر المحتاج، وهذا موجود في التورق.

(مجموع الفتاوى ٢٩/ ٤٣٤، حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٢٦، والشرح الكبير للدردير ٣/ ٨٩، والإنصاف ٤/ ٣٣٧، ومجموع الفتاوى ٢٩/ ٥٠٠، وتهذيب السنن لابن القيم ٥/ ١٠٨، ١٠٩).

(١) السعر: بالكسر هو الذي يقوم عليه الثمن، وجمعه أسعار مثل حمل وأحمال، والتسعير: تقدير السعر، يقال: سعرت الشيء تسعيراً أي جعلت له سعراً معلوماً ينتهي إليه.

كما يقال: سَعُرَ: إذا زادت قيمته، وليس له سعر: إذا أفرط رخصه. (الصحاح ٢/ ٦٨٤، والمصباح ١/ ٢٧٧).

وفي الاصطلاح: أن يؤمر أهل السوق أن يبيعوا بسعر لا يتجاوزونه لمصلحة. (نيل الأوطار ٥/ ٣٣٥).

وقد اختلف العلماء في حكم التسعير على أقوال:

القول الأول: جواز للحاجة، إذا عمد التجار إلى رفع السعر. وهو قول سعيد بن المسيب وبه قال شيخ الإسلام وابن القيم. (الحسبة لشيخ الإسلام ص ١٦، والطرق الحكمية ص ٣٤٤).

قال شيخ الإسلام في كتابه الحسبة ص ١٦: «السعر منه ما هو ظلم لا يجوز، ومنه ما هو عدل جائز فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه، أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ زيادة على عوض المثل فهو جائز بل واجب.

فالأول: مثل ما روى أنس قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالو: يا رسول الله لو سعرت لنا، فقال: «إن الله هو القابض الباسط الرزاق المسعر، وإني لأرجو أن ألقى الله ولا يطلبني أحد بمظلمة في دم ولا مال». =

. . . .

. . . .

والاحتكار[1] في قوت آدمي ويجبر على بيعه كما يبيع . . . .

= فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم، وقد ارتفع السعر إما لقلة الشيء، وإما لكثرة الخلق فهذا إلى الله فإلزام الخلق أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حق.

وأما الثاني: فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ولا معنى للتسعير، إلا إلزامهم بقيمة المثل فيجب أن يلتزموا بما ألزمهم الله به» اهـ.

القول الثاني: عدم جواز التسعير مطلقًا.

وهذا هو المذهب، وهو قول للإمام مالك وقول للشافعية.

(المنتقى للباجي ٥/١١٨، والمهذب ١/ ٢٩٢، والمبدع ٤/ ٤٧، والإنصاف ٤/ ٣٣٨).

واستدل من منع التسعير: بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾، فالتسعير يتعارض مع الرضا لإلزام البائع بسعر لا يرضاه.

ونوقش: بعدم التسليم بل هو إلزام للتجار بالبيع بسعر المثل الذي يراعى فيه مصلحة البائع والمشتري.

وكذا استدلوا: بحديث أنس السابق، وفيه: «غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ . . . .»، فالنبي ﷺ لم يسعر في الحديث.

ونوقش: بأن ارتفاع السعر في عهده ﷺ ليس بسبب الخلق، وإنما هو من عند الله عز وجل إما لقلة الشيء، أو لكثرة الخلق.

وعلى هذا فالتسعير ينقسم إلى قسمين:

الأول: حق، وهو ما كان ارتفاع السعر بسبب الخلق، وذلك إذا عمد التجار إلى رفع السعر.

الثاني: باطل، وهو ما كان ارتفاع السعر من عند الله عز وجل إما لقلة الشيء، أو لكثرة الخلق.

(١) الاحتكار: مأخوذ من الحكر، والحكر في اللغة يطلق على معان منها: =

. . . .

. . . .

الناس[١]، ولايكره ادخار قوت أهله ودوابه[٢]، ويسن الإشهاد على

= الحبس، والظلم، والتنقص، وإساءة العشرة، واللجاجة، وادخار الطعام للتربص.

(تهذيب اللغة ٤/ ٩٦، ومعجم مقاييس اللغة ٢/ ٩٢).

وفي الاصطلاح: أن يشتري القوت للتجارة ويحبسه ليقل فيغلو. (الإقناع ٢/ ٧٧).

(١) وهذا هو المذهب: أن الاحتكار إنما يكون في قوت الآدمي فقط.

لحديث ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعًا: «**من احتكر طعامًا فوق أربعين ليلة فقد برئ من الله تعالى، وبرئ الله تعالى منه**»، رواه أحمد والبزار وأبو يعلى والطبراني في الأوسط، وفيه أبو بشر الأملوكي ضعيف (مجمع الزوائد ٤/ ١٠٠).

والقول الثاني: أن الاحتكار لا يكون إلا في أقوات الآدميين، وأعلاف البهائم، وبه قال أبو حنيفة، وصاحبه محمد بن الحسن؛ لحديث ابن عمر المتقدم (الهداية ٤/ ٩٢، والاختيار ٤/ ١٦٢).

والقول الثالث: أن الاحتكار يكون في كل سلعة يلحق الناس ضرر بحبسها، وهو قول المالكية والظاهرية.

(المدونة ٤/ ٢٩١، ومواهب الجليل ٤/ ٢٢٧، والمحلى ٩/ ٦٤).

لحديث معمر أن النبي ﷺ قال: «**لا يحتكر إلا خاطئ**» رواه مسلم، وهذا الحديث عام يشمل قوت الآدمي والحيوان، وغير ذلك من السلع.

وقول المالكية هو أقرب الأقوال.

(٢) في كشاف القناع ٣/ ١٨٨: «ولا يكره لأحد ادخار قوت لأهله ودوابه سنة وسنتين نصًا، ولا ينوي التجارة، وروي أنه ﷺ ادخر قوت أهله سنة».

. . . .

. . . .

البيع[١].

* * *

(١) وهو قول جمهور أهل العلم (المصادر السابقة).

لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ والأمر للندب؛ لأن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعامًا ورهنه درعه ولم يشهد، ومن أعرابي فرسًا فجحده حتى شهد له خزيمة بن ثابت، ولم يشهد، وكان الصحابة رضي الله عنهم يتبايعون في عصره في الأسواق ولم يأمرهم ﷺ بالإشهاد، وقد أمر عروة بن الجعد أن يشتري أضحية له، ولم يأمره بالإشهاد.

وعند عطاء وجابر بن زيد والنخعي: وجوب الإشهاد؛ لظاهر الأمر وقياسًا على عقد النكاح (الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٢٠٢).

فائدة:

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص (١٢٢): «ويكره أن يتمنى الغلاء، قال أحمد: لا ينبغي أن يتمنى الغلاء».

* * *

. . . .

باب الشروط في البيع(١)

والشرط هنا: إلزام أحد المتعاقدين الآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة(٢)، ومحل المعتبر منها صلب العقد(٣)، وهي ضربان:

(١) والفرق بين شروط البيع السابقة والشروط في البيع ما يلي:
١ - أن شروط البيع من وضع الشارع، أما الشروط في البيع فمن وضع المتعاقدين.
٢ - أن شروط البيع يتوقف عليها صحة العقد، وأما الشروط في البيع فيتوقف عليها الإلزام به.
٣ - أن شروط البيع لا يصح إسقاطها، أما الشروط في البيع فيصح إسقاطها.
٤ - أن شروط البيع تكون قبل العقد، وأما الشروط في البيع فتكون في صلب العقد، وأيضاً على الصحيح تكون قبل العقد، وفي زمن الخيارين.
٥ - أن شرط البيع لا يلزم من وجوده وجود المشروط فلا يلزم من وجود أهلية البيع وجود البيع، وأما الشرط في البيع فيلزم من وجوده وجود المشروط، فالبيع المشروط فيه صفة معينة ينعقد لازماً إذا وجدت الصفة المشروطة.
وتقدم في أول كتاب البيع أن الأصل في العقود والشروط الصحة.
(٢) أي غرض صحيح، ويأتي.
(٣) ما كان في صلب العقد من الشروط فمعتبر بلا خلاف.
وأما ما كان قبل العقد من الشروط:
فالمذهب، وهو مذهب الحنفية والشافعية: أنه غير معتبر؛ لأن ما قبل العقد لغو.
=

منها صَحِيحٌ

ذكر الأول منها[١] بقوله: (**منها صحيح**)(١) وهو ما وافق مقتضى العقد(٢)، وهو ثلاثة أنواع:

= وعند المالكية، واختاره شيخ الإسلام: أنه معتبر؛ للأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعقود والشروط كقوله تعالى: **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**، وكقوله تعالى: **﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾**.

ولحديث أبي هريرة مرفوعًا: «**المسلمون على شروطهم**».

ولأن الشرط المتقدم كالمقارن بجامع أن كلاً منهم شرط.

(انظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٧٠، وحاشية الدسوقي ٣/ ٦٤، والمهذب ١/ ٣٥٥، والمبدع ٤/ ٥٠).

وأما الشرط المتأخر:

فالمذهب، وبه قال أبو حنيفة ومذهب الشافعية: أنه معتبر ما دام في زمن خيار المجلس أوخيار الشرط؛ لأن لكل واحد من العاقدين فسخه من غير رضا الآخر، وعليه فلكل واحد منهما أن يلحق به شرطًا من باب أولى.

وعند المالكية: أنه لايعتبر؛ لأن العقد تم فيقاس على ما بعد اللزوم.

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن العقد زمن الخيارين فسخه، بخلاف ما كان بعد لزوم العقد بمضي زمن الخيارين.

وعلى هذا فالأقرب: أنه معتبر ما دام في زمن الخيارين (المصادر السابقة).

(١) لازم، فإن عدم فالفسخ أو أرش فقد الصفة.

(٢) مقتضى العقد: هو ما يطلبه بمقتضى الشرع من غير شرط. (كشاف القناع ٣/ ١٨٩).

[١] في/ ظ بلفظ: (منهما).

كَالرَّهْنِ المُعَيَّنِ

أحدها: شرط مقتضى البيع كالتقابض وحلول الثمن فلا يؤثر [فيه][١](١)؛ لأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد فلذلك أسقطه المصنف(٢).

الثاني: شرط ما كان من مصلحة العقد(٣)، **(كالرهن المعين)**(٤)، أو الضامن المعين(٥).

---

(١) وهذا باتفاق الأئمة، ومثل ذلك تصرف كل من المتبايعين فيما يصير إليه من ثمن ومثمن، وكرد مبيع بعيب قديم.
(انظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٧١، وحاشية الدسوقي ٣/ ٦٥، والمهذب ١/ ٣٥٦، والمبدع ٤/ ٥١).

(٢) لعدم تأثيره في البيع.

(٣) أي شرط مصلحة تعود على المشترط له، ويصح معه البيع.
وهذا الشرط جائز باتفاق الأئمة، إلا أن الحنفية أجازوه من باب الاستحسان لا من باب القياس، ويعبر عنه الحنفية بالشرط الملائم. (المصادر السابقة).

(٤) أي اشتراط البائع على المشتري رهنًا بالثمن أو بعضه.
ويدخل في ذلك: لو باعه واشترط المبيع على ثمنه، قال ابن القيم: هو الصواب في مقتضى قواعد الشرع وأصوله.

(٥) بالثمن أو بعضه، وكذا شرط كفيل ببدن مشتر فيصح الشرط. وليس للبائع طلب الرهن والضمين والكفيل بعد العقد؛ لأنه إلزام للمشتري بما لم يلتزمه إلا إن كان في زمن الخيارين.
واشترط المؤلف في الرهن والضامن أن يكونا معينين؛ لأن عدم تعيين الكفيل يؤدي إلى المنازعة، وليس له عرف ينصرف إليه عند الإطلاق.
وعند المالكية: لا يشترط تعيين الرهن والضامن. (المصادر السابقة).

---

[١] ساقط من / ف.

وَتأجِيل ثَمَنٍ، وَكَوْنُ العَبْدِ كَاتِبًا أَوْ خَصِيًا أَوْ مُسْلِمًا

(و) كـ (تأجيل ثمن) أو بعضه إلى مدة معلومة[١] (و) كشرط صفة في المبيع كـ (كون العبد كاتبًا[٢] أو خصيًا أو مسلمًا) أو خياطًا مثلاً.

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لقوله تعالى: ﴿**يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ**﴾، فدل ذلك على أن الآجال بالأوقات دون الأفعال.

ولحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم**». متفق عليه، والسلف نوع من البيع.

ولقول ابن عباس رضي الله عنهما: «لا تبايعوا إلى العطاء، ولا إلى الأندر- أي البيدر الذي يدرس فيه الطعام- ولا إلى العصير». رواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة.

وعند المالكية: يجوز التأجيل إلى الحصاد والجذاذ ونحو ذلك مما لا يفحش في الجهالة؛ لأن هذه الآجال تكون معروفة، ولا تتفاوت تفاوتًا كثيرًا.

ونوقش بالمنع، بل تتفاوت بسبب ري الأرض وعطشها، وحرارة الجو وبرودته.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٧٥، والمدونة ٤/ ١٥٨، والأم ٣/ ٩٦، والإنصاف ٤/ ١٥٨).

(٢) أي يحسن الكتابة، ويحمل على المتعارف عليه في محل العقد.

. . . .

وَالأَمَةُ بِكْرًا

(والأمة بكرًا) أو تحيض(١) والدابة هملاجة(٢)، والفهد أو نحوه(٣) صيودًا(٤) [فيصح][1] (٥)، فإن وفىّ بالشرط(٦) وإلا فلصاحبه الفسخ أو أرش فقد الصفة(٧)، وإن تعذر ردٌّ(٨) تعين أرش، وإن شرط صفة فبان أعلى منها فلا خيار(٩).

---

(١) لأن عدم الحيض طبعًا يمنع النسل.

(٢) في المصباح المنير ٢/ ٦٤١: «هملج البرذون هملجة: مشى مشية سهلة في سرعة، وقال في مختصر العين: الهملجة: حسن سير الدابة، وكلهم قالوا في اسم الفاعل: هِملاج بكسر الهاء للذكر والأنثى».

(٣) كالبازي والصقر.

(٤) أي معدًا للصيد.

(٥) في كشاف القناع ٣/ ١٨٩: «أو اشتراط الدابة لبونًا أي ذات لبن أوغزيرة اللبن، أو الطير مصوتًا، أو يبيض أو يجيء من مسافة معلومة، أو الأرض خراجها كذا فيصح الشرط في كل ما ذكر لازمًا؛ لأن الرغبات تختلف باختلاف ذلك، فلو لم يصح اشتراط ذلك لفاتت الحكمة التي لأجلها شرع البيع، يؤيده قول النبي ﷺ: «**المسلمون عند شروطهم**».

(٦) لزم البيع.

(٧) في كشاف القناع ٣/ ١٨٩: «يعني أن من فات شرطه يخير بين الفسخ وبين الإمساك مع فقد أرش فقد الصفة التي شرطها إلحاقًا له بالعيب، قلت: يؤخذ منه: أن الأرش قسط ما بين قيمته بالصفة، وقيمته مع عدمها من الثمن».

(٨) بتلف المبيع مثلاً.

(٩) كأن شرط العبد كافرًا فبان مسلمًا؛ لأنه زاده خيرًا، أو البر متوسطًا فبان جيدًا.

---

[١] ساقط من/ م، ف.

وَنَحْوِ أَنْ يَشْتَرِطَ البَائِعُ سُكْنَىٰ الدَّارِ شَهْرًا وَحَمْلانَ البَعِيرِ إِلَىٰ مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ

(و) الثالث: شرط بائع نفعًا معلومًا في مبيع غير وطء ودواعيه(١)، (نحو أن يشترط البائع سكنى الدار) أو نحوها (شهرًا[١] (٢)وحملان البعير) أو نحوه [المبيع][٢] (٣) (إلى موضع معين)(٤)؛ لما روى جابر أنه باع النبي ﷺ جملاً واشترط ظهره إلى المدينة، متفق عليه(٥).

---

(١) كقبلة ومباشرة دون الفرج؛ لأن ذلك لايحل إلا بنكاح أو ملك اليمين، ويأتي قريبًا بيان حكم شرط المنفعة.

(٢) كما لو باعه داراً مؤجرة. (كشاف القناع ٣/ ١٩٠).

وفي حاشية العنقري ٢/ ٦٠: «ونفقة المبيع المستثنى نفعه مدة الاستثناء الذي يظهر أنها على البائع لأنه مالك المنفعة.

قال الشيخ: وإذا شرط البائع نفع المبيع لغير مدة معلومة فمقتضى كلام أصحابنا جوازه، فإنهم احتجوا بحديث أم سلمة رضي الله عنها «أنها أعتقت سفينة وشرطت عليه أن يخدم النبي ﷺ ما عاش».

(٣) بالنصب مفعول المصدر.

(٤) في حاشية العنقري ٢/ ٦١: «قوله: إلى موضع معين، فإن لم يكن معينًا لم يصح الشرط، وكذا لو شرط بائع نفع غير مبيع، أو مشتر نفع بائع في غير مبيع، ويفسد البيع قاله الشيخ (م ص) في شرح المنتهى».

(٥) أخرجه البخاري ٤/ ١٧٤ ـ الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة، مسلم ٣/ ١٢٢١ ـ المساقاة ـ ح ١٠٩، أبو داود ٣/ ٧٧٥ ـ البيوع ـ باب في شرط في بيع ـ ح ٣٥٠٥، الترمذي ٣/ ٥٤٥ ـ البيوع ـ باب ما جاء في اشتراط ظهر الدابة ـ ح ١٢٥٣، أحمد ٣/ ٤٩٩، البغوي في شرح السنة ٨/ ١٥٨ ـ ح ٢١١٦.

---

[١] في/ س بلفظ: (شهران).

[٢] ساقط من/ س.

. . . .

واحتج في التعليق والانتصار[1] وغيرهما بشراء عثمان من صهيب أرضًا وشرط وقفها عليه وعلى عقبه[2]، ذكره في «المبدع»[3] ومقتضاه صحة الشرط المذكور[4].

ولبائع إجارة وإعارة ما استثني[5]، وإن تعذر انتفاعه بسبب مشتر فعليه

(١) التعليق للقاضي أبي يعلى، والانتصار لأبي الخطاب. وانظر: مقدمة الجزء الأول.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٧/ ٢٤٨ ـ ح ٣٠٥٣، ابن حزم في المحلى ٨/ ٤٢٠ ـ من طريق وكيع عن سفيان الثوري عن أبي إسحاق السبيعي عن مرة بن شراحيل قال: باع صهيب داره من عثمان واشترط سكناها.
وإسناد ابن أبي شيبة ثقات إلا أن أبا إسحاق رواه بالعنعنة، وقد صنفه الحافظ ابن حجر في المرتبة الثالثة من مراتب الموصوفين بالتدليس الذين لا يحتج بأحاديثهم إلا بما صرحوا فيه بالسماع.

(٣) ٤/ ٥١.

(٤) في حاشية العنقري ٢/ ٦١: «قوله: ومقتضاه: أي مقتضى الاحتجاج المذكور صحة الشرط المذكور الذي هو الوقف، والمذهب: لا، كما في الإقناع والمنتهى».

(٥) في حاشية العنقري ٢/ ٦١: «قوله: ولبائع. . . إلخ، أي لملكه النفع كالمستأجر، وفهم من ذلك: أنه لو باعه مشتر مستثنى نفعه مدة معلومة صح البيع، وكان في يد المشتري الثاني مستثنى النفع، وله الخيار إن لم يعلم».
وفي ص (٦٢): «قوله: ولبائع مفهومه: أن غير البائع إذا شرط له النفع لا يؤجر ولا يعير».
وفي كشاف القناع ٣/ ١٩١: «ولا يملك إجارتها أو إعارتها لمن هو أكثر منه ضررًا كالمستأجر».

. . . .

أَو شَرَطَ المُشْتَرِي عَلَىٰ البَائِعِ كَحِمْلِ الحَطَبِ أَوْ تَكْسِيرِهِ أَوْ خِيَاطَةِ الثَّوْبِ

أجرة المثل له[١]، **(أو شرط المشتري على البائع)** نفعًا معلومًا في مبيع[٢]، **(كحمل الحطب)** المبيع إلى موضع معلوم **(أو تكسيره أو خياطة الثوب)**

---

(١) بأن أتلف المشتري العين المباعة بفعله أو تفريطه فعليه أجرة المثل؛ لتفويته المستحقة على مستحقها، وإن تلفت بغير فعله أو تفريطه لم يضمن شيئًا (انظر: كشاف القناع ٣/ ١٩١).

(٢) وهذا هو المذهب، فالمذهب: يصح شرط منفعة المبيع نفسه كما تقدم، ويصح أيضًا شرط نفع البائع في المبيع كما مثل المؤلف رحمه الله.

لما ذكره المؤلف رحمه الله من الأدلة على ذلك.

ولحديث أبي هريرة مرفوعًا: «**المسلمون على شروطهم**».

ولما روى سفينة قال: «كنت مملوكًا لأم سلمة رضي الله عنها، فقالت: أعتقتك واشترطت عليك أن تخدم رسول الله ﷺ ما عشت...»، الحديث رواه الإمام أحمد وأبو داود وابن ماجه، واستثناء المنفعة في البيع كاستثنائها في العتق.

وعند المالكية: صحة الشرط إذا كان النفع والمدة يسيرين، محدودًا كسكنى الدار مثلاً بمدة لا تتغير فيها غالبًا كسنة وسنتين، وركوب الدابة باليوم واليومين، ونحو ذلك.

واستدلوا على جواز استثناء المنفعة: بما تقدم من أدلة الحنابلة.

واستدلوا على استثناء النفع اليسير: أن الكثير يدخله الغرر، أما اليسير فيمكن المسامحة فيه.

وعند الشافعية: لا يصح شرط المنفعة؛ لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ «نهى عن بيع وشرط». رواه ابن حزم في المحلى، والطبراني في الأوسط لكن أنكره الإمام أحمد، وقال: لا يعرف مرويًا في =

....

أوْ تَفْصِيلِهِ

المبيع (أو تفصيله) إذا بين نوع الخياطة أو التفصيل(١).

واحتج أحمد لذلك بما[١] روي أن محمد بن سلمة[٢] اشترى [من][٣] نبطي جرزة(٢)[٤] حطب وشارطه على حملها، ولأنه بيع

= مسند. واستغربه النووي كما في التلخيص ٣/ ١٢. (مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٣٢).

ولقول عمر رضي الله عنه لابن مسعود لما اشترى جارية من امرأته واشترطت عليه خدمتها: لا تشترها، وفيها مثنوية» رواه البيهقي.

ولأن شرط المشتري على البائع حصاد الزرع مثلاً شرط عمل فيما لم يملكه بعد.

ونوقش: بعدم التسليم، بل شرط في شيء ملكه أو مآله إلى الملك.

وعند الحنفية: إن لم يجر به تعامل الناس لا يصح؛ لما استدل به الشافعية، وإن جرى به تعامل الناس صح؛ لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، ولأن في النزوع عن العادة جرحًا بينًا.

وعلى هذا فالأقرب قول الحنابلة.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٧١، وحاشية الدسوقي ٣/ ٦٥، والمهذب ١/ ٣٥٦، والمبدع ٤/ ٥١).

(١) فإن لم يبين لم يصح الشرط، وله الخيار، وتقدم، وإن شرط ما ليس في نفس المبيع كأن يشتري منه ثوبًا، ويشترط عليه خياطة ثوب آخر لم يصح.

(٢) جُرْزَةُ حطب: أي حزمة حطب، انظر: لسان العرب ٥/ ٣١٧ مادة: (ج رز)، والأثر لم أقف عليه مسندًا، وقد ذكره ابن قدامة في المغني ٦/ ١٦٥، الكافي ٢/ ٣٨.

---

[١] في/ س بلفظ: (لما).

[٢] في/ م، ف بلفظ: (مسلمة).

[٣] ساقط من/ ف.

[٤] في/ س بلفظ: (جريزه).

وإنْ جَمَعَ بَيْنَ شَرْطَينِ بَطُلَ البَيْع

وإجارة(١)، فالبائع كالأجير(٢)، وإن تراضيا على أخذ أجرته ولو بلا عذر جاز(٣).

(**وإن جمع بين شرطين**) من غير النوعين الأولين(٤) كحمل حطب[١] وتكسيره وخياطة ثوب وتفصيله (**بطل البيع**)(٥)؛ لما روى أبو داود والترمذي عن عبد الله بن عمرو، عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا يحل سلف وبيع**[٢](٦)»،

---

(١) أي: باعه الحطب وأجره نفسه لحمله، أو باعه الثوب وأجره نفسه لخياطته، وكل من البيع و الإجارة يصح إفراده بالعقد فجاز الجمع بينهما كالعينين.

(٢) في حاشية العنقري ٢/ ٦٢: «قوله: والبائع كالأجير، أي: وحكم البائع والحالة هذه حكم الأجير، فلو مات، أو تلف المبيع قبل عمله فيه ما شرط عليه، أو استحق نفعه بأن أجر نفسه إجارة خاصة وهي المقدرة بالمدة كما يأتي فللمشتري عوض ذلك النفع لفوات ما وقع عليه العقد».

(٣) أي: وإن تراضيا على أخذ العوض ولو بلا عذر كتلف المبيع ونحوه جاز؛ لأن الحق لا يعدوهما.

(٤) وهما شرط ما كان من مقتضى البيع كاشتراط حلول الثمن، وشرط ما كان من مصلحته كالرهن والضمين.

(٥) وهذا هو المذهب؛ لما استدل به المؤلف.

وعن الإمام أحمد: يصح، اختاره الشيخ تقي الدين (الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ٢٢٦).

(٦) أي لا يحل قرض وبيع بأن يشترط عليه عدم إقراضه حتى يبيعه كذا؛ لأنه قرض جر نفعًا.

---

[١] في/ ط بلفظ: (الحطب).

[٢] لفظ (بيع) مكررة في/ ف، وفي/ ط بلفظ: (ولا بيع).

ولا شرطان في بيع(١) ، **ولا بيع ما ليس عندك**[١] » . قال الترمذي : حديث

(١) وقد اختلف في المراد بالشرطين المنهي عنهما في الحديث على أقوال :

القول الأول : أن المراد بالشرطين الحلول والأجل ، أو الأجلان ، بأن يقول : أبيعك هذه السلعة بعشرة نقدًا أو بعشرين إلى شهر ، أو يقول : بعشرة إلى شهر ، أو بعشرين إلى شهرين ، وهذا قول الحنفية والمالكية .

ونوقش : بأن العقد على هذا التفسير لم يشتمل على شرطين ، وإنما اشتمل على شرط واحد وهو التأجيل ، وجعل الثمن مختلفًا تبعًا لذلك .

القول الثاني : أن المراد الجمع بين شرطين بأن يجمع شرطين من مصلحة العقد ، أو شرطين فاسدين ، أو شرطًا صحيحًا ، وآخر فاسدًا ، أو شرطين مطلقًا ، وقد رد ابن القيم رحمه الله هذه التفاسير بأنها بعيدة عن مقصود الحديث .

القول الثالث : أن المراد بذلك بيع العينة ، قال ابن القيم رحمه الله في تهذيب السنن ٥/ ١٤٨ : «وإذا تبيَّن ضعف هذه الأقوال فالأولى تفسير كلام النبي ﷺ بعضه ببعض ، فنفسر كلامه بكلامه فنقول : هذا نظير نهيه ﷺ عن صفقتين في صفقة ، وعن بيعتين في بيعة» .

وفي السنن عن أبي هريرة عن النبي ﷺ : «**من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا**» ، و فسرت البيعتان بأن يقول : خذه بعشرة نقدًا وآخذها منك بعشرين نسيئة ، وهي مسألة العينة بعينها ، و هذا هو المعنى المطابق للحديث ، فإنه إذا كان مقصوده الدراهم العاجلة بالآجلة فهو لا يستحق إلا رأس ماله ، وهو أوكس الثمنين ، فإن أخذه أخذ أوكسهما ، وإن أخذ الثمن الأكثر فقد أخذ الربا ، فلا محيد له عن أوكس الثمنين أو الربا» .

(المبسوط ١٣/ ٢٨ ، والمدونة ٤/ ١٥١ ، وكشاف القناع ٣/ ١٨٩) .

[١] في/ م بلفظ : (عندكم) .

وَمِنْهَا فَاسِدٌ يُبْطِلُ العَقْدَ كَاشْتِرَاطِ أَحَدِهِمَا عَلَىٰ الآخَرِ عَقْدًا آخَرَ كَسَلَفٍ وَقَرْضٍ وَبَيْعٍ

حسن صحيح[1].

والضرب الثاني من الشروط أشار إليه بقوله: (**ومنها فاسد**)، وهو ما ينافي مقتضى العقد[2]، وهو ثلاثة أنواع:

أحدها: (**يبطل العقد**) من أصله (**كاشتراط أحدهما على الآخر عقدًا آخر كسلف**) أي سلم، (**وقرض**[3] **وبيع**.........

---

(١) أخرجه أبو داود ٣/ ٧٦٩ ـ ٧٧٥ ـ البيوع ـ باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ـ ح ٣٥٠٤، الترمذي ٣/ ٥٢٦، ٥٢٧ ـ البيوع ـ باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ـ ح ١٢٣٤، النسائي ٧/ ٢٨٨، ٢٩٥ ـ البيوع ـ باب بيع ما ليس عند البائع، وباب شرطان في بيع ـ ح ٤٦١١، ٤٦٣١، الدارمي ٢/ ١٦٨ ـ البيوع ـ باب النهي عن الشرطين في بيع ـ ح ٢٥٦٣، أحمد ٢/ ١٧٤، ١٧٥، ١٧٩، ٢٠٥، ابن الجارود في المنتقى ص ٢٠٦ ـ ح ٦٠١، والطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ٤٦، الدارقطني ٣/ ٧٥ ـ البيوع ـ ح ٢٨٢، الطيالسي في مسنده ص ٢٩٨ ـ ح ٢٢٥٧، الحاكم في المستدرك ٢/ ١٧، ابن حبان كما في الإحسان ٦/ ٢٦٣ ـ ح ٤٣٠٦، البيهقي ٥/ ٣٤٣ ـ البيوع ـ باب النهي عن بيعتين في بيعة.

الحديث صحيح، وصححه الترمذي وابن حبان والحاكم، وأقره الذهبي.

(٢) في حاشية العنقري ٢/ ٦٣ نقلاً عن الشيخ عثمان النجدي: «قوله وهو ما ينافي مقتضى العقد، أي حكمه، ووجه المنافاة: أن حكم العقد تصرف كل فيما آل إليه، وشرط ذلك ينافيه فحصلت المنافاة».

(٣) وذلك أن يبيعه بيته على أن يسلمه مائة ريال بخمسين صاعًا من التمر، أو بعتك على أن تقرضني كذا وكذا.

....

وإِجَارَةٍ وَصَرْفٍ وإِنْ شَرَطَ أن لاَ خَسَارَةَ

وإجارة(١) وصرف) للثمن[١] (٢)، أو غيره [٢وشركة(٣) وهو بيعتان في بيعة٢] المنهي عنه قاله[٣] أحمد.

الثاني: ما يصح معه البيع وقد ذكره بقوله: (وإن[٤] شرط أن لا خسارة

---

(١) فالبيع والإجارة أن يقول: بعتك كذا بكذا على أن تؤجرني دارك بكذا.

(٢) والبيع والصرف أن يقول: بعتك كذا على أن تصرف لي هذه الدنانير بدراهم.

(٣) بأن يقول: بعتك بكذا على أن تشاركني بكذا.

وهذا هو المذهب، وهو مذهب الشافعية والحنفية: أن شرط عقد في عقد شرط فاسد مفسد للعقد؛ لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ «**نهى عن بيعتين في بيعة**». رواه أحمد والترمذي وصححه والنسائي.

ولقول ابن مسعود رضي الله عنه: «صفقتان في صفقة ربا». رواه ابن أبي شيبة ٦/ ١١٩، وتقدم أن ابن القيم رحمه الله حمل ذلك على بيع العينة.

ولأنه شرط عقد في عقد كنكاح الشغار فلا يصح.

وعند المالكية: صحة هذا الشرط.

وقال الشيخ عبد الرحمن السعدي كما في المختارات الجلية ص (٩٦): «الصحيح جواز قوله بعتك داري بكذا على أن تبيعني عبدك أو نحوه بكذا».

ودليل ذلك: حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: «**المسلمون على شروطهم**».

ولأن الأصل في العقود والشروط الصحة، ولأن هذه المسألة أشبه بمسائل التعليق وليس فيها محذور أصلاً. =

---

[١] في / ف، م بلفظ: (لثمن).

[٢-٢] ساقط من / س.

[٣] في/ س بلفظ: (قال).

[٤] في/ م بلفظ: (وإن اشترط)، وفي / ف بلفظ: (واشترط).

عَلَيــــهِ، أَوْ مَتَىٰ نَفَقَ المَبِيعُ، وَإِلاَّ رَدَّهُ ولا يَهِبُهُ ولا يَعْتِقـــهُ أو إن أُعْتِقَ فَالولاءُ لَهُ،

عليه، أو متى نفق المبيع وإلا رده أو) شرط[١] أن **(لا يبيع)** المبيع **(ولا يهبه ولا يعتقه**(١) **أو)** شرط **(إن عتق فالولاء له)** أي. . . . .

= (المبسوط ١٣/ ١٦، والمدونة ٤/ ١٢٦، وشرح روض الطالب ٢/ ٣٤، وشرح منتهى الإرادات ٢/ ١٦٣، ومجموع الفتاوى ٢٩/ ٣٣٤، والمختارات الجلية ص(٩٦)).

(١) وهذا هو المذهب، وهذا قول جمهور أهل العلم.

لكن عند الحنفية والحنابلة: صحة البيع مع فساد الشرط.

وعند الشافعية: فساد البيع والشرط.

وعند المالكية: يفسخ البيع إن تمسك البائع بشرطه، ويمضي إن تنازل عن الشرط.

ودليل من صحح البيع وأفسد الشرط: ما استدل به المؤلف، فالنبي ﷺ أبطل الشرط دون العقد.

واستدل الشافعية على فساد البيع والشرط بحديث عائشة الذي استدل به المؤلف.

ونوقش: بأن الحديث فيه إبطال الشرط دون العقد.

وعن الإمام أحمد واختاره شيخ الإسلام وابن القيم: يصح إذا كان هناك قصد صحيح للبائع أو المبيع نفسه.

قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص (١٢٤): «سأل أبو طالب الإمام أحمد عمن اشترى أمة يشترط أن يتسرى بها لا للخدمة؟ قال: لا بأس به.

وهذا من أحمد يقتضي أنه إذا شرط على البائع فعلاً أو تركًا في البيع مما هو مقصود للبائع أو للمبيع نفسه صح البيع، والشرط كاشتراط العتق، وكما اشترط عثمان لصهيب وقف داره عليه، ومثل هذا أن يبيعه بشرط أن يعلّمه، =

---

[١] في/ ف بلفظ: (اشترط).

أَوْ أَنْ يَفْعَلَ ذلكَ بَطل الشَّرْطُ

للبائع(١)، (أو)[١] شرط البائع على المشتري (**أن يفعل ذلك**) [أي][٢] أن يبيع المبيع أو يهبه ونحوه(٢) (**بطل الشرط** ....

= أو شرط أن لا يخرجه من ذلك البلد، أو شرط أن لا يستعمله في العمل الفلاني، أو أن يزوجه، أو يساويه في المطعم، أو لا يبيعه، أو لا يهبه، فإذا امتنع المشتري من الوفاء فهل يجبر أو ينفسخ؟ على وجهين، وهو قياس قولنا: إذا شرط في النكاح أن لا يسافر بها، أو أن لايتزوج عليها، إذ لا فرق في الحقيقة بين الزوجة والمملوك» اهـ.

لقوله ﷺ في حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: «**المسلمون على شروطهم**».

ولما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه «أنه ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية واشترطت عليه إن بعتها فهي لي بالثمن الذي تبيعها به، فسأل عبد الله ابن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب، فقال عمر: لا تقربها ولأحد فيها شرط». رواه مالك في الموطأ والبيهقي في سننه.

فقوله: «لا تقربها»، لو كان الشرط فاسدًا لم يمنع من قربانها؛ إذ الفاسد لا أثر له.

ولأن الملك يستفاد به تصرفات متنوعة، فكما جاز بالإجماع استثناء بعض المبيع جوز بعض التصرفات. (مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٥٦، وتهذيب السنن ٥/ ١٤٥، بدائع الصنائع ٥/ ١٧٠، ومواهب الجليل ٤/ ٣٧٢، والمجموع ٩/ ٣٦٣، والمبدع ٤/ ٥٧).

(١) بطل الشرط وحده؛ لقصة بريرة رضي الله عنها، فإنهم أبوا إلا أن يكون لهم الولاء، فقال: «خذيها واشترطي لهم الولاء». قاله زجرًا وتوبيخًا يعلم منه أنه قد بين لهم بطلانه، ثم قال: «فإنما الولاء لمن أعتق».

(٢) كأن يؤجره أو يوقفه.

---

[١] في/ س بلفظ: (وشرط).

[٢] ساقط من/ ظ.

وَحْدَهُ

وحده)[١]؛ لقوله عليه السلام: «**من اشترط شرطًا ليس في كتاب الله**[٢] **فهو باطل، وإن كان مائة شرط**». متفق عليه[٣].

---

(١) وهذا هو المذهب مع صحة البيع، وتقدم ذكر الخلاف في ذلك.
في حاشية العنقري نقلاً عن ابن فيروز ٢/ ٦٤: «قال في الإقناع وشرحه: وللذي فات غرضه بفساد الشرط من بائع ومشتر في كل ما تقدم من الشروط الفاسدة سواء علم بفساد الشرط أو لا: الفسخ أو أرش ما نقص من الثمن بإلغائه إن كان بائعًا أو ما زاد إن كان مشتري. اهـ.
أقول: قال في تجريد العناية: ومتى صح عقد مع فساد شرط ففائت غرضه الجاهل فساد الشرط الفسخ. اهـ.
فقيده كما ترى بالجاهل، قال بعض الأذكياء: وهو أولى لما فيه من سد الذريعة إلى تعاطي الشروط الفاسدة، والترقي إلى فسخ العقد الصحيح لفوات الشرط الفاسد».

(٢) قال ابن القيم في إعلام الموقعين ١/ ٣٤٨: «ليس المراد به القرآن قطعًا، فإن أكثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن، بل علمت من السنة، فعلم أن المراد حكمه، فإنه يطلق على كلامه وعلى حكمه الذي حكم به على لسان رسول الله ﷺ ومعلوم أن كل شرط ليس في حكم الله فهو مخالف له فيكون باطلاً، والصواب: إلغاء كل شرط خالف حكم الله، واعتبار كل شرط لم يحرمه الله ولم يمنع».

(٣) أخرجه البخاري ٣/ ٢٧، ٢٩ ـ البيوع ـ باب البيع والشراء مع النساء، وباب إذا اشترط شروطًا في البيع لا تحل، ٣/ ١٢٦، ١٢٧ ـ المكاتب ـ باب المكاتب ونجومه، وباب ما يجوز من شروط المكاتب، ٣/ ١٧٧ ـ الشروط ـ باب الشروط في الولاء، مسلم ٢/ ١١٤١ ـ ١١٤٣ ـ العتق ـ ح ٦، ٨ ـ من حديث عائشة في قصة بريرة، لما أرادت عائشة أن تشتريها فتعتقها، فاشترط أهلها الولاء لهم. . . فأمضى الرسول البيع وأبطل الشرط.

إلاَّ إِذَا شَرَطَ العِتْقَ، وَبِعْتُكَ عَلَىٰ أَنْ تَنْقُدَني الثَّمَنَ إلىٰ ثَلاثٍ،

والبيع صحيح لأنه ﷺ في حديث بريرة أبطل الشرط ولم يبطل العقد(١).

(**إلا إذا شرط**) البائع (**العتق**) على المشتري فيصح الشرط [أيضًا][١](٢) ويجبر المشتري على العتق إن أباه[٢] والولاء له(٣)، فإن أصر أعتقه حاكم(٤)، وكذا شرط رهن فاسد كخمر ومجهول وخيار أو أجل مجهولين ونحو ذلك(٥)، فيصح البيع ويفسد الشرط(٦).

(**و**) إن قال البائع: (**بعتك**) كذا بكذا (**على أن تنقدني الثمن** [**إلى**][٣] **ثلاث**) ليال مثلاً(٧).

---

(١) بل أقره، وقال: «اشتريها واشترطي لهم الولاء».
(٢) لحديث عائشة رضي الله عنها في قصة بريرة، ولبنائه على السراية، وتشوف الشارع له، وتقدم اختيار شيخ الإسلام أنه إذا شرط شرطًا مقصودًا للبائع أو للمبيع صح الشرط والبيع.
(٣) أي للمشتري.
(٤) وكما يطلق على المولي؛ لأنه عتق مستحق عليه؛ لكونه قربة التزمها كالنذر! (كشاف القناع ٣/ ١٩٤).
(٥) كشرط ضمين وكفيل غير معينين.
(٦) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الغرر». رواه مسلم.
(٧) وإلا تفعل فلا بيع بيننا وقبل المشتري صح التعليق والبيع، فإن أعطاه الثمن عندالأجل وإلا فله الفسخ.

---

[١] ساقط من/ ش.
[٢] في/ س بلفظ: (اباده).
[٣] ساقط من/ ف.

وإلاَّ فلاَ بَيْعَ بَيْنَنَا صَحَ، وَبِعْتُكَ إِنْ جِئْتَنِي بِكَذَا أو

أو على أن ترهننيه بثمنه، (وإلا)[١] تفعل ذلك (**فلا بيع بيننا**) وقبل المشتري (**صح**) البيع والتعليق(١) كما لو شرط الخيار، وينفسخ إن لم يفعل(٢).

(و) الثالث: ما لا ينعقد معه بيع(٣) نحو (**بعتك إن جئتني بكذا أو**)

---

(١) فيقول: بعتك على أن ترهننيه بثمنه، وكذا إن قال المشتري: اشتريت المبيع إلى ثلاث أو أقل أو أكثر.

قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص (١٢٣): «وتصح الشروط التي لم تخالف الشرع في جميع العقود».

(٢) أي إن لم يعطه أو يرهنه ولا يحتاج لفسخ.

وإن لم يقل: وإلا تفعل فلا بيع بيننا وفات شرطه لم ينفسخ البيع إلا بفسخه.

(٣) وهو تعليق عقد البيع.

فالمذهب وهو قول جمهور أهل العلم: عدم صحة تعليق عقد البيع على شرط في الجملة.

وعللوا: أن مقتضى البيع نقل الملك حال التبايع، وشرط التعليق يمنعه.

ونوقش: بعدم التسليم، فشرط التعليق لا يمنع نقل الملك كشرط الخيار في العقد ولا فرق.

ولأن انتقال الملك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق، وشأن المعلق أن يعترضه عدم الحصول.

ونوقش: بأن قصر الرضا على العقد الناجز تحكم لا دليل عليه، وكون المعلق يعترضه عدم الحصول لا ضير في ذلك على المشتري.

وعن الإمام أحمد، واختاره شيخ الإسلام وابن القيم: صحة تعليق عقد البيع بالشرط.

=

---

[١] في/ س بزيادة لفظ: (فلا).

رَضِي زَيْدًا، وَيَقُولُ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ: إِنْ

إن (رضي زيد)[(١)] بكذا وكذا تعليق القبول (أو يقول الراهن للمرتهن: إن

= قال شيخ الإسلام في نظرية العقد ص (٢٢٧): «وذكرنا عن أحمد نفسه جواز تعليق البيع بشرط، ولم أجد عنه ولا عن قدماء أصحابه نصًا بخلاف ذلك، بل ذكر من المتأخرين أن هذا لا يجوز».

وقال ابن القيم في إعلام الموقعين ٣/ ٣٨٦: «وقد شرع الله لعباده التعليق بالشروط في كل موضع يحتاج إليه العبد حتى بينه وبين ربه».

ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾، والحديث: «**المسلمون على شروطهم**»، ولقوله ﷺ: «**إن أصيب زيد فجعفر، وإن أصيب جعفر فعبد الله بن رواحة**».

ولما ثبت في صحيح البخاري معلقًا بصيغة الجزم: «أن عمر عامل الناس إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا».

ولما ورد عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه « أنه ابتاع جارية من امرأته واشترطت عليه إن بعتها فهي لي بالثمن الذي تبيعها به، فسأل عبد الله عن ذلك عمر، فقال عمر رضي الله عنه: لا تقربها ولأحد فيها شرط». رواه مالك والبيهقي.

ولأن الأصل في العقود والشروط الصحة، ولأنه لا محذور في ذلك بل فيه مصلحة راجحة للعباد.

(البحر الرائق ٦/ ١٩٤، والفروق ١/ ٢٢٩، والمهذب ١/ ٣٥٤، والإنصاف ٤/ ٣٥٦، ونظرية العقد ص (٢٢٧)، وإعلام الموقعين ٣/ ٣٨٦، والمختارات الجلية للسعدي ص (٢٣٤)).

(١) وهذا هو المذهب.

وعند الحنفية: يصح التعليق برضا شخص، ووقته ثلاثة أيام.

وعند المالكية: يصح التعليق برضا شخص بشرط كونه غير بعيد. (المصادر السابقة).

. . . .

جِئْتُكَ بحقك، وإلاَّ فَالرَّهْنُ لَكَ لاَ يَصِحُ البَيْعُ.

جئتك بحقك) في محله **(وإلا فالرهن لك لا يصح البيع)**[(١)] لقوله ﷺ: «**لا يغلق الرهن من صاحبه**». رواه الأثرم[(٢)]، وفسره أحمد بذلك، وكذا

---

(١) وهذا هو المذهب، وفي الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٢٤٩: «وممن روي عنه القول بفساد الشرط ابن عمر وشريح والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، ولا نعلم أحدًا خالفهم».

ودليل ذلك: ما استدل به المؤلف.

وفي الإنصاف: وهذا معنى قوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يغلق الرهن**».

وقال الشيخ تقي الدين: لا يبطل الثاني - أي الشروط - وإن لم يأته صار له، وفعله الإمام قاله في الفائق، وقال: قلت: فعليه غلق الرهن استحقاق المرتهن له بوضع العقد لا بالشرط». اهـ.

(٢) أخرجه مالك ٢/ ٧٢٨ - الأقضية - ح ١٣، الشافعي في المسند ص ٢٥١، وفي الأم ٣/ ١٦٧، عبد الرزاق ٨/ ٢٣٧ - ح١٥٠٣٣، ١٥٠٣٤، ابن أبي شيبة ٨/ ١٨٧ - ح ٢٨٤١، أبو داود في المراسيل ص ١٣٤، الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ١٠٠، البيهقي ٦/ ٣٩ - الرهن - باب الرهن غير مضمون، البغوي في شرح السنة ٨/ ١٨٤ - ح ٢١٣٢ - من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب مرسلاً.

وأخرجه الشافعي في المسند ص ٢٥١، وفي الأم ٣/ ١٦٧، ابن حبان كما في الإحسان ٧/ ٧٥٠ - ح ٥٩٠٤، الدارقطني ٣/ ٣٢، ٣٣، الحاكم ٢/ ٥١، أبو نعيم في حلية الأولياء ٧/ ٣١٥، البيهقي ٦/ ٣٩، الخطيب البغدادي في تاريخه ٣/ ٣٠٤، ٦/ ١٦٥، ابن عبد البر في التمهيد / ٤٢٥ - ٤٢٨ - من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة موصولاً، وصححه ابن حبان، والحاكم وابن عبد البر وعبد الحق، وحسنه الدارقطني. انظر: نصب الراية ٤/ ٣٢٠، التلخيص الحبير ٣/ ٣٦.

. . . .

كل بيع علق على شرط مستقبل غير «إن شاء الله»[١] وغير «بيع العربون»[٢]

(١) أي غير قول بائع: بعتك إن شاء الله، وكذا قول مشتر: قبلت إن شاء الله؛ لأن القصد منه التبرك، لا التردد غالبًا.

(٢) العربون: مصدر عربن تقول: عربنته إذا أعطيته العربون، ويضبط بضم أوله وسكون ثانيه، وبفتح أوله وثانيه، وبضم أوله وسكون ثانيه، وإبدال واوه ألفًا عربان، وبالهمز عوض عن العين في الثلاثة فيقال: أربون، واربون، واربان، ففيه ست لغات، وذكر ابن منظور بأن أربون من فعل العامة. (لسان العرب ١٧/ ٢٨٤، والمطلع ص (٢٣٣)).

وفي الاصطلاح: دفع جزء من الثمن إلى البائع قبل العقد أو في أثنائه على أنه إن تم البيع فهو من الثمن، وإلا فهو للبائع.
(المجموع ٩/ ٣٣٥، والمبدع ٤/ ٥٩).

فالمذهب: جواز اشتراط العربون، وأن البيع صحيح معه؛ لما روى زيد ابن أسلم أن رسول الله ﷺ «سئل عن العربان في البيع فأحله». رواه عبد الرزاق، لكنه مرسل، وفي إسناده إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى الأسلمي وهو ضعيف (التلخيص ٣/ ١٧).

ولما ورد: أن نافع بن عبد الحارث اشترى دارًا بمكة من صفوان بن أمية بأربعة آلاف، فإن رضي عمر فالبيع له، وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة درهم، وكان نافع عاملاً لعمر بن الخطاب على مكة». رواه البخاري معلقًا.

ووصله عبد الرزاق وابن أبي شيبة والبيهقي من طرق عن عمرو بن دينار عن عبد الرحمن بن فروخ، وعبد الرحمن مقبول كما في التقريب ١/ ٤٩٥.

وعند الشافعية: إن شرطه في نفس العقد فالبيع باطل، وإن اشترطه قبله فصحيح. =

. . . .

. . . .

بأن يدفع بعد العقد شيئًا ويقول: إن أخذت المبيع أتممت الثمن وإلا فهو لك فيصح لفعل عمر رضي الله عنه(١)، والمدفوع للبائع إن لم يتم [البيع][١]،

= وعند الحنفية والمالكية: لا يصح البيع مع العربون؛ لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع العربان». رواه مالك وأحمد وأبو داود وابن ماجه، وهو ضعيف. (انظر: التلخيص ٣/ ١٧، ونيل الأوطار ٥/ ٢٥٠).

وعللوا: بأن فيه غررًا وأكلاً لأموال الناس بالباطل حيث تضمن تملك البائع ما دفعه إليه المشتري مجانًا إذا اختار ترك السلعة.

ونوقش: بعدم التسليم، فالمشتري وحده هو الذي يملك عدم إتمام العقد، ولأن ما يأخذه البائع في مقابل الضرر الذي يلحقه بحبس السلعة، وعلى هذا فالأقرب قول الحنابلة.

(مواهب الجليل ٤/ ٣٦٩، والمجموع ٩/ ٣٣٥، ومغني المحتاج ٢/ ٣٩، والإنصاف ٤/ ٣٥٧، وشرح المنتهى ٢/ ١٦٥، وإعلام الموقعين ٣/ ٤٧٩، وعون المعبود ٩/ ٤٠١، وشرح الزرقاني للموطأ ٣/ ٢٥٠).

(١) فقد اشترى نافع بن عبد الحارث من صفوان بن أمية دار السجن لعمر بن الخطاب رضي الله عنه بأربعة آلاف درهم، فإن رضي عمر فالبيع له، وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة درهم.

أخرجه عبد الرزاق، أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٧/ ٣٠٦ ـ البيوع ـ باب في العربان في البيع ـ ح ٣٢٥٢، الأزرقي في أخبار مكة ٢/ ١٦٥، البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٣٤ ـ البيوع ـ باب ما جاء في بيع دور مكة ـ من طريق سفيان بن عيينة، عن عمرو بن دينار، عن عبد الرحمن بن فروخ.

وأخرجه عبد الرزاق ٥/ ١٤٨ ـ ح ٩٢١٣ ـ من طريق سفيان الثوري، عن عمرو بن دينار عن عبد الرحمن بن فروخ عن أبيه. =

---

[١] ساقط من / ش.

وَإِنْ بَاعَهُ وَشَرَطَ البَرَاءَةَ مِنْ كُلِّ عَيبٍ مَجْهُولٍ.

والإجارة مثله[(١)].

(وإن باعه) شيئًا (وشرط البراءة من كل عيب مجهول)[(٢)] أو

= وأخرجه البخاري ٣/ ٩١ ـ الخصومات ـ باب الربط والحبس في الحرم، معلقًا بصيغة الجزم، فقال: «واشترى نافع بن عبد الحارث. . .»، وإيراده له بصيغة الجزم حكم منه بصحته عن المضاف إليه؛ لأنه لا يستجيز أن يجزم بالحديث عنه ونسبته إليه إلا وقد صح عنده أنه قاله.

(١) أي مثل البيع، بأن يعقد معه إجارة، ويقول: إن أخذت المؤجر احتسبت بما دفعت من أجرة، وإلا فما قبضته لك.

(٢) شرط البراءة من العيوب له صورتان:

الأولى: أن يشترط البائع البراءة من كل عيب في السلعة من غير أن يسمي شيئًا.

الثانية: أن يشترط البائع وجود جميع العيوب في السلعة ليبرأ من أي عيب يجده المشتري.

فالمذهب ومذهب المالكية: أن اشتراط البراءة من العيوب لا ينفع، والبيع معه صحيح؛ لأن حق الخيار بالعيب إنما يثبت بعد العقد، فلا يسقط بالإسقاط قبله كالشفعة إذا أسقطها الشفيع قبل البيع لا تسقط.

ونوقش: بأنه غير مسلم؛ إذ الشفعة تسقط بالإسقاط قبل البيع؛ لحديث جابر مرفوعًا: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإن باع ولم يؤذنه، فهو أحق به». رواه مسلم. فمفهومه أنه إذا آذنه بالبيع فهو أحق به.

وعللوا أيضًا: أن البيع يشرط البراء من العيوب التي يعلمها البائع من باب الغش، والبيع بشرط البراءة من العيوب التي لا يعلمها من باب الغرر. =

. . . .

. . . .

= ونوقش: بأن القول بأن البراءة من العيوب التي لا يعلمها من باب الغرر غير مسلم لأن السلعة قائمة ووسائل معرفتها متوفرة.

وعند الشافعية: يبرأ في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه، ولا يبرأ في غير الحيوان بحال؛ لما ورد أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما باع عبداً، على زيد بن ثابت بثمانمائة درهم، وشرط ابن عمر البراءة من كل عيب، فقال زيد لعبد الله بن عمر: بالغلام عيب لم تسمه لي، واختصما إلى عثمان بن عفان، فقضى عثمان أن يحلف عبد الله بن عمر لقد باع العبد وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله بن عمر أن يحلف، وارتجع العبد فصح عنده فباعه بألف وخمسمائة». رواه مالك وعبد الرزاق والبيهقي.

وعند الحنفية: تصح البراءة من العيوب مطلقًا؛ لأن البراءة من الحقوق المجهولة جائز لما روته أم سلمة رضي الله عنها قالت: أتى رسول الله ﷺ رجلان يختصمان في مواريث لهما لم تكن لهما بينة... وفيه قوله ﷺ: «**أما إذا فعلتما فاقتسما وتوخيا الحق ثم استهما ثم تحالا**» رواه أبو داود (٣٥٨٣)، وصححه الحاكم على شرط مسلم ووافقه الذهبي.

واستدلوا أيضًا: أن جواز بيع البراءة يسنده إجماع المسلمين العملي حيث يستحل من حضره الموت من معامليه.

ونوقش: بأن الظالم إذا لم يعلم المظلمة والمظلوم لا يعلم بها فلا إجماع على انتفاع الظالم.

وعند شيخ الإسلام وابن القيم وهو رواية عن الإمام أحمد: أن البائع إذا كان عالمًا لم يبرأ، وإن لم يعلم بالعيب برئ؛ لأن هذا هو الوارد عن الصحابة رضي الله عنهم، وهذا هو أرجح الأقوال. =

. . . .

وَإِنْ بَاعَــه دارًا علىٰ أنَّهَا عَشْرَةَ أَذْرُعٍ، فَبَانَتْ أَكْثَرَ أَوْ أَقَلَّ صَحَّ، ولِمَنْ جَهِلَهُ

من عيب كـذا إن كـان (**لم يبـرأ**) البائع، فإن وجد المشتري بالمبيع عيبًا فله الخيار؛ لأنه إنما يثبت بعد البيع فلا يسقط بإسقاطه قبله، وإن سمي العيب(١) أو أبرأه بعد العقد برئ(٢)، (**وإن باعه دارًا**) أو[١] نحوها(٣) مما يذرع (**على أنها عشرة أذرع فبانت أكثر**) من عشرة (**أو أقل**) منها (**صح**) البيع(٤) والزيادة للبائع والنقص عليه(٥)، (**ولمن جهله**) أي الحال من زيادة أو نقص

= (فتح القدير ٦/ ٣٩، والشرح الصغير ٤/ ٢١٦، والمجموع ١٢/ ٣٧٤، والفروع ٤/ ٦٥، والمبدع ٤/ ٦٠، والاختيارات ص (١٢٤)، وإعلام الموقعين ٢/ ٤٨٤).

(١) برئ الدخول على بصيرة.

(٢) لأنه أسقطه بعد ثبوته بالعقد، فسقط كالشفعة.

وفي حاشية العنقري ٢/ ٦٧: «قوله: أو أبرأه بعد العقد برئ، لم يذكر هذه العبارة في الفروع، ولا الإنصاف، ولا الإقناع، وإنما قاله ابن نصر الله، ومراده والله أعلم إذا لم يكن البائع عالمًا بالعيب، ويحلف إذا أنكر علمه على نفي العلم».

(٣) كثوب.

(٤) لأن ذلك نقص على المشتري، فلم يمنع صحة البيع كالعيب. (الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٢٥٨).

(٥) أي الزائد عن العشرة للبائع؛ لأنه لم يبعه مشاعًا في الدار ونحوها، والنقص عليه؛ لأنه التزمه بالعقد.

---

[١] في/ ف بلفظ: (ونحوها).

وَفَاتَ غَرَضُهُ الخَيَارُ.

(وفات[١] غرضه الخيار)(١) فلكل منهما الفسخ(٢) ما لم يعط البائع الزيادة للمشتري مجانًا في المسألة [الأولى][٢] (٣)، أو يرضى المشتري بأخذه بكل الثمن في الثانية(٤)؛ لعدم فوات الغرض، وإن تراضيا على المعاوضة[٣] عن الزيادة أو النقص جاز(٥) ولا يجبر أحدهما على ذلك، وإن كان المبيع نحو صبرة على أنها عشرة أقفزة فبانت أقل أو أكثر صح البيع ولا خيار(٦)، والزيادة للبائع والنقص عليه(٧).

* * *

(١) قوله: «وفات غرضه»، ليست في المقنع ولا الشرح الكبير، ولا الإنصاف، ولا الإقناع، ولا المنتهى.
(٢) أي فلكل من بائع ومشتر فسخ المبيع دفعًا لضرر الشركة. (كشاف القناع ٣/ ١٩٧).
(٣) بلا عوض، إذا بانت أكثر، فيسقط خيار مشتر؛ لأن البائع زاده خيراً.
(٤) إذا بانت أقل، ويسقط خيار بائع.
(٥) لأن الحق لايعدوهما. (كشاف القناع ٣/ ٤١١).
(٦) لبائع ولا مشتر؛ لأنه لا ضرر في رد الزائد إن زاد، ولا في أخذ الناقص بقسطه، وهذا بخلاف الأرض ونحوها مما ينقصه التفريق.
(٧) بقدره من الثمن.
مسألة: المقبوض بعقد فاسد على المذهب: يضمن كالمغصوب جميعه أو نقصه ولا يملك، ولا ينفذ تصرفه فيه، ويلزمه رد النماء المتصل والمنفصل، وأجرة مثله. (كشاف القناع ٣/ ١٩٨).
وقال شيخ الإسلام في مجموع الفتاوى ٢٩/ ٤٠٧: «... فإذا كان العقد فاسداً لم يثبت جميع مقتضاه من وجوب التقابض والتصرف، وحل التصرف والانتفاع، ونحو ذلك، فإذا اتصل به القبض، فهو قبض مأذون فيه بعقد، فليس مثل قبض الغاصب...».

---

[١] في/ س بلفظ: (وفاته).
[٢] ساقط من/ س.
[٣] في/ م، ف بلفظ: (على الزيادة والنقص).

باب الخيار وقبضُ المَبيعِ والإقَالَةُ[١]

وَهُوَ أَقْسَامٌ: الأَوْلُ: خِيَارُ المَجْلِسِ،

باب الخيار وقبض المبيع والإقالة[١]

الخيار: اسم مصدر اختار[٢]، أي طلب خير الأمرين من الإمضاء والفسخ.

(وهو) ثمانية **(أقسام)**[٣].

(الأول: خيار المجلس) بكسر اللام: موضع الجلوس[٤].

---

(١) أي الخيار في البيع، والتصرف في المبيع قبل قبضه، وما يحصل به قبض المبيع، وحكم الإقالة، وما يتعلق بذلك، واقتصر الماتن على الخيار في الترجمة؛ لأنه معظم ما في الباب. (حاشية ابن قاسم ٤/ ٤١٣).

(٢) الخيار: اسم مصدر اختار يختار اختياراً لا مصدره لعدم جريانه على الفعل، والمختار الذي وقع عليه الخيار، والمصدر: اختيار.

وفي لسان العرب ١/ ٩٢٦: «ويقال: خيرته بين الشيئين أي فوضت إليه الخيار».

وفي الاصطلاح: طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه. (المطلع ص ٢٣٤).

(٣) بالاستقراء.

(٤) والإضافة هنا من باب إضافة الشيء إلى سببه، أي أن سببه في حقهما المجلس، أو الإضافة بمعنى في أي خيار في المجلس.

. . . .

يَثْبت في البَيْعِ

والمراد هنا مكان التبايع .

(يثبت) خيار المجلس (في البيع)[1] لحديث ابن عمر يرفعه : «إذا

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية، وهو قول الظاهرية.
وعند الحنفية والمالكية : عدم ثبوت خيار المجلس في البيع .
(فتح القدير ٥/ ٨١، والمدونة ٤/ ١٨٨ ، والمهذب ٢/ ٥٧، والشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٢٦٣ ، وكشاف القناع ٣/ ١٩٨ ، والمحلى ٨/ ٣٥١).
ودليل المثبتين لخيار المجلس : ما أورد المؤلف من حديث ابن عمر رضي الله عنهما .
ولحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : **«البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما ، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما»**. متفق عليه، وكذا حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ويأتي.
ودليل النافين له: قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾، وخيار المجلس يؤخر هذا الوفاء.
ونوقش : بأن المأمور بالوفاء به من العقود ما وافق السنة ، فلزوم عقد البيع قبل المفارقة أو التخيير مخالف للسنة .
واستدلوا بحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : **«إذا ابتعت طعامًا فلا تبعه حتى تستوفيه»**. متفق عليه . فيفهم منه جواز البيع بعد القبض وإن لم يتفرقا.
ونوقش : بأنه لا يسمى بيعًا إلا بعد الافتراق أو التخاير ، فخيار المجلس باق، وعلى هذا فالأقرب قول الشافعية والحنابلة.
قال ابن القيم رحمه الله في إعلام الموقعين ٢/ ٣٠٧، ٣٧٦، =

. . . .

تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعًا أو يخير[١] أحدهما الآخر(١)**، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع»**(٢) **متفق عليه**(٣).

لكن يستثنى من البيع الكتابة(٤) وتولي طرفي(٥) العقد وشراء من يعتق

= و٣/ ٣٠١: «أثبت الشارع خيار المجلس في البيع حكمة ومصلحة للمتعاقدين، وليحصل تمام الرضا الذي شرطه الله تعالى بقوله: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلاَ تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً**﴾، فإن العقد قد يقع بغتة من غير ترو ولا نظر في القيمة، فاقتضت محاسن هذه الشريعة الكاملة أن يجعل للعقد حريمًا يتروى فيه المتبايعان ويستدرك كل واحد منهما».

(١) أي يشترط الخيار أحدهما مدة معلومة، أو يشرطاه معًا، ويأتي في خيار الشرط.

(٢) أي نفذ وتم ولزم.

(٣) أخرجه البخاري ٣/ ١٧، ١٨ـ البيوع ـ باب كم يجوز الخيار، وباب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، وباب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع، مسلم ٣/ ١١٦٣ ـ البيوع ـ ح ٤٣، ٤٤، ٤٥.

(٤) وهو أن يشتري العبد نفسه من سيده.

وهذا هو المذهب ومذهب الشافعية؛ لأنها وسيلة للعتق فلا خيار فيها.

وعند بعض الشافعية: يثبت بها خيار المجلس للعمومات.

(مغني المحتاج ٢/ ٤٣، والإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ٢٦٣، وكشاف القناع ٣/ ١٩٨).

(٥) كأن يوكله إنسان على بيع سلعة، ويوكله آخر على شرائها فلا خيار له.

وهذا هو المذهب؛ لأنه لا مجلس يتفرق عنه. =

[١] في/ م، ف بلفظ: (ويخير).

وَالصُّلْحُ بِمَعْنَاهُ،

عليه(١) أو اعترف بحريته قبل الشراء(٢).

(و) كالبيع (**الصلح بمعناه**) كما[١] لو أقر بدين أو عين ثم صالحه عنه بعوض(٣) وقسمة التراضي(٤) والهبة على عوض لأنها نوع من البيع.

= والقول الثاني في المذهب: يثبت بذلك خيار المجلس للعمومات.

قال في الإنصاف: فعلى هذا الوجه يلزم العقد بمفارقة الموضع الذي وقع فيه العقد. (الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٢٦٤).

(١) ومن يعتق عليه: كل ذي رحم محرم منه، كأصوله وفروعه.

وهذا هو المذهب؛ لعتقه بمجرد العقد.

وعند الشافعية: يثبت بذلك خيار المجلس بناء على أن الملك زمن الخيار موقوف. (المصادر السابقة).

(٢) في كشاف القناع ٣/ ١٩٩: «بأن أقر بأنه حر أو شهد بذلك فردت شهادته ثم اشتراه لم يثبت له خيار المجلس؛ لأنه صار حراً باعترافه السابق، وشراؤه له افتداه كشراء الأسير».

(٣) الصلح ينقسم إلى قسمين:

الأول: صلح عن إقرار بدين أو عين، فهذا بمعنى البيع فيثبت فيه خيار المجلس.

الثاني: صلح عن إنكار، ففي حق المدعي بيع، وفي حق المدعى عليه إبراء، ويأتي في باب الصلح.

(٤) القسمة تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: قسمة التراضي: ما كان فيها ضرر أو رد عوض؛ فهذه بمعنى البيع، فيثبت فيها خيار المجلس.

القسم الثاني: قسمة الإجبار: ما ليس كذلك، فلا يثبت فيها خيار المجلس.

---

[١] في/ س بلفظ: (وكما).

وَإِجَارَةٍ والصَّرْفِ والسلْمِ دُونَ سَائِرِ العُقُودِ

(و) كبيع أيضًا (إجارة) لأنها عقد معاوضة أشبهت البيع[١]، (و) كذا (الصرف والسلم) لتناول البيع لهما[٢] (دون سائر العقود) كالمساقاة والحوالة، والوقف والرهن، والضمان[٣].

---

(١) لأنها بيع منافع، وسواء كانت على مدة كدار، أو نفع في الذمة كأن استأجره لخياطة ثوب أو بناء حائط.

(٢) فالضابط لذلك: (أن خيار المجلس يثبت في البيع وما في معناه)؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما المتقدم.

(٣) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٢٦٩: «ولا يثبت في سائر العقود وهي على أضرب:

أحدها: لازم لا يقصد به العوض كالنكاح والخلع فلا يثبت فيهما الخيار... وكذلك الوقف، والهبة بغير عوض.

الثاني: لازم من أحد طرفيه كالرهن لازم في حق الراهن وحده فلا يثبت فيه خيار؛ لأن المرتهن يستغني بالجواز في حقه عن ثبوت الخيار له، والراهن يستغني بثبوت الخيار له إلى أن يقبض، وكذلك الضامن والكفيل؛ لأنهما دخلا متطوعين راسبين بالغبن.

الثالث: عقد جائز من الطرفين كالشركة والمضاربة والجعالة والوكالة والوديعة والوصية، فلا يثبت فيها خيار استغناء بجوازها والتمكن من فسخها.

الرابع: ما هو متردد بين الجواز واللزوم كالمساقاة والمزارعة، وظاهر المذهب أنهما جائزان فلا يدخل فيهما خيار.

وقيل: هما إجارة فلهما حكمها.

والسبق والرمي الظاهر أنهما جعالة فلا يثبت فيها خيار.

وقيل: هما إجارة. =

....

وَلِكُلٍّ مِنَ الْمُتَبَايِعَيْنِ الْخِيَارُ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا عُرْفًا بِأَبْدَانِهِمَا

(**ولكل من المتبايعين**)(١) ومن في معناهما ممن تقدم (**[الخيار]**[١] **ما لم يتفرقا عرفًا بأبدانهما**) من مكان التبايع(٢)، فإن كانا في مكان واسع كصحراء فبأن يمشي أحدهما مستدبراً لصاحبه خطوات(٣)، و[إن][٢] كانا في دار كبيرة ذات مجالس وبيوت فبأن يفارقه من بيت [إلى بيت][٣] أو إلى نحو صفة(٤)، وإن كانا في دار صغيرة فإذا[٤] صعد أحدهما السطح أو خرج منها فقد افترقا، وإن كانا في سفينة كبيرة فبصعود أحدهما أعلاها إن كانا أسفل

= فأما الحوالة والأخذ بالشفعة فهو عقد لازم، فلاخيار فيهما؛ لأن من لا يعتبر رضاه لا خيار له. . . ويحتمل أن ثبت الخيار للمحيل والشفيع؛ لأنه يقصد فيها العوض، فأشبهت سائر عقود المعاوضات». اهـ.

(١) وهم المتصالحان، والمتقاسمان، والمتآجران، والمتصارفان، والمتعاقدان في باب السلم.

(٢) بما يعده الناس تفرقًا، لإطلاق الشارع التفرق، وعدم بيانه، فدل على أنه أراد ما يعرفه الناس، وهذا هو المذهب ومذهب الشافعية. (المصادر السابقة).

(٣) وفي الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٢٧٧: «وقيل: أن يبعد منه بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة، قال أبو الحارث: سئل أحمد عن تفرقة الأبدان؟ فقال: إذا أخذ هذا هكذا، وأخذ هذا هكذا فقد تفرقا».

(٤) بحيث يعد مفارقًا له عرفًا، ويعتبر أن يكون مختاراً، فإن أكره لم يسقط خيارة؛ لأن فعل المكره لا يعتد به، فيبقى خياره إلى مفارقته المجلس الذي زال فيه الإكراه.

---

[١] ساقط من/ م.

[٢] ساقط من/ هـ.

[٣] ساقط من / م، ف.

[٤] في/ س بلفظ: (فإن).

وَإِنْ نفَيَاهُ، أَوْ أَسْقَطَاهُ سَقَطَ، وَإِنْ أَسْقَطَهُ أَحَدُهُمَا بَقِي خِيَارُ الآخَرِ

أو بالعكس(١)، وإن كانت صغيرة فبخروج أحدهما منها، ولو حجز بينهما بحاجز كحائط أو ناما لم يعد تفرقًا لبقائهما بأبدانهما بمحل العقد(٢)، ولو طالت المدة(٣).

(**وإن نفياه**) أي الخيار بأن تبايعا على أن لا خيار بينهما لزم بمجرد العقد(٤)، (**أو أسقطاه**) أي الخيار بعد العقد (**سقط**)؛ لأن الخيار حق للعاقد فسقط بإسقاطه(٥)، (**وإن أسقطه**[١] **أحدهما**) أي أحد المتبايعين[٢] أو قال لصاحبه: اختر سقط خياره، و(**بقي خيار الآخر**)(٦)؛ لأنه لم يحصل منه إسقاط لخياره بخلاف صاحبه[٣].

وتحرم الفرقة خشية الفسخ[٤](٧)، وينقطع الخيار بموت

---

(١) أي وإن كانا أعلى فبنزول أحدهما أسفل.

(٢) ولو قاما جميعًا ولم يتفرقا فالخيار باق بحاله.

(٣) لقوله ﷺ في حديث ابن عمر السابق: «ما لم يتفرقا وكانا جميعًا».

(٤)، (٥)، (٦) وهذا هو المذهب ومذهب الشافعية (مغني المحتاج ٢/ ٤٤، وكشاف القناع ٣/ ٢٠٠).

لحديث ابن عمر رضي الله عنهما، وفيه: «...ما لم يتفرقا وكانا جميعًا، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع». متفق عليه.

(٧) لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وفيه: «... ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله». رواه النسائي والترمذي وحسنه.

---

[١] في/ م، ف بلفظ: (أسقط).

[٢] في/ ط، ف بلفظ: (المتعاقدين).

[٣] في/ س بلفظ: (أصحابه).

[٤] في/ س بلفظ: (الفتح).

وَإِذَا مَضَتْ مُدَّتُهُ لَزِمَ البَيعُ الثَّانِي

أحـدهما[١] لا بجنونه[٢]، (**وإذا مضت مدته**) بأن تفرقا كما تقدم[٣] (**لزم البيع**)[٤] بلا خلاف[٥].

= وما ورد عن ابن عمر رضي الله عنهما «أنه إذا اشترى شيئًا يعجبه مشى خطوات ليلزم البيع». متفق عليه. محمول على أنه لم يبلغه الحديث، ولو بلغه لم يخالفه. (كشاف القناع ٣/ ٢٠٢).

(١) وهذا هو المذهب؛ لأنها أعظم الفرقتين.

وعند الشافعية: ينتقل إلى الوارث. (مغني المحتاج ٢/ ٤٥، وكشاف القناع ٣/ ٢٠٠).

والأقرب قول الشافعية؛ لأن حق الخيار داخل في التركة.

(٢) وهذا هو المذهب ومذهب الشافعية. (المصادر السابقة).

وفي كشاف القناع ٣/ ٢٠٠: «وهو (أي المجنون) على خياره إذا أفاق فلا خيار لوليه؛ لأن الرغبة في المبيع أو عدمها لا تعلم إلا من جهته».

وعند الشافعية: ينتقل الخيار إلى الولي.

(٣) أي تفرقا من مكان التبايع بأبدانهما عرفًا.

(٤) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما وفيه: «وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع».

(٥) الإفصاح ١/ ٣٢٠.

مسـألة: ينعقد البيع بالكتابة بين حاضرين، أو باللفظ من حاضر، والكتابة من الآخر.

وكذلك ينعقد البيع إذا أوجب العاقد البيع بالكتابة إلى غائب.

واشترط الشافعية الفور في القبول، وقالوا: يمتد خيار المجلس للمرسل إليه ما دام في مجلس قبوله، ولا يعتبر للكاتب مجلس، بل يمتد خياره ما دام خيار المكتوب إليه. =

أَنْ يَشْتَرِطَاهُ في العَقْدِ مُدَّةً مَعْلُومَةً وَلَوْ طَوِيلَةً

القسم (**الثاني**) من أقسام الخيار: خيار الشرط[١] بـ (**أن يشترطاه**) أي يشترط المتعاقدان الخيار[٢] (**في**) صلب (**العقد**) أو بعده في مدة خيار المجلس أو الشرط[٣] (**مدة معلومة ولو طويلة**)[٤]؛ لقوله ﷺ: «**المسلمون**

= ولم يشترط غير الشافعية الفور في القبول، بل على المذهب: لا يضر التراخي بين الإيجاب والقبول؛ لأن التراخي مع غيبة المشتري لا يدل على إعراضه عن الإيجاب.

(شرح الخرشي ٥/ ٥، والقليوبي ٢/ ١٥٤، وكشاف القناع ٣/ ١٤٨).

(١) من إضافة الشيء إلى سببه، أي الخيار الذي سببه الشرط.

(٢) أي أن يشترط المتعاقدان أو أحدهما الخيار مدة معلومة لإمضاء العقد أو فسخه.

والأدلة على ثبوت الخيار من قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالعُقُودِ**﴾.

ومن السنة: حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: «**المسلمون على شروطهم**».

وقال النووي في المجموع ٩/ ١٧٨: «واعلم أن أقوى ما يحتج به في ثبوت خيار الشرط الإجماع، وقد نقلوا فيه الإجماع وهو كاف».

(٣) وكذا إذا اتفقا عليه قبل العقد على الصحيح كما تقدم عند قول المؤلف: «ومحل المعتبر منها صلب العقد. . .» في باب الشروط في البيع.

(٤) وهذا هو المذهب، واختاره شيخ الإسلام؛ لعمومات الأدلة.

ولحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «**المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع خيار**». متفق عليه. =

. . . .

على شروطهم»(١).

= والمراد ببيع الخيار: أن يشترط العاقدان أو أحدهما الخيار مدة معلومة، فلا يلزم العقد قبل تمامها. (نيل الأوطار ٦/ ٣٣٥).

وعند أبي حنيفة وهو مذهب الشافعية: أن مدة الخيار ثلاثة أيام، ولحديث ابن عمر رضي الله عنه قال: «ذكر لرسول الله ﷺ رجل أنه يخدع في البيوع، فقال رسول الله ﷺ: **من بايعت فقل: لا خلابة**». متفق عليه. وفي رواية: «**إذا بايعت فقل: لا خلابة، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال**». رواه ابن ماجه والدارقطني والبيهقي وفي إسناده محمد ابن إسحاق وقد عنعنه.

ولما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعًا: «**الخيار ثلاثة أيام**». رواه الدارقطني.

ونوقش: بأن في إسناده أحمد بن عبد الله بن ميسرة ضعيف. (نصب الراية ٤/ ٨).

ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**من ابتاع شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء ردها ورد معها صاعًا من تمر**». رواه مسلم.

ونوقش: بأن هذا في خيار التدليس لا في خيار الشرط.

وعند المالكية: يختلف باختلاف المبيع، ففي الدار شهر أو قريب منه، وفي الضيعة سنة، وفي الرقيق أسبوع، وفي العروض ثلاثة أيام، وهكذا.

(المبسوط ١٣/ ٤١، والمدونة ٤/ ١٧٠، ومواهب الجليل ٤/ ٤١٠، ومغني المحتاج ٢/ ٤٧، والمبدع ٤/ ٦٧، والاختيارات ص (١٢٥)).

(١) أخرجه أبو داود ٤/ ٢٠ ـ الأقضية ـ باب في الصلح ـ ح ٣٥٩٤، ابن الجارود في المنتقى ص ٢١٥ ـ ح ٦٣٧، الدارقطني ٣/ ٢٧ ـ البيوع ـ ح ٩٦، الحاكم =

. . . .

. . . .

ولا يصح اشتراطه بعد لزوم العقد[١]، ولا إلى أجل مجهول[٢]، ولا في عقد حيلة ليربح في قرض فيحرم[٣] ولا يصح البيع.

= ٢/ ٤٩ - البيوع، البيهقي ٦/ ٧٩ - الشركة - باب الشرط في الشركة، ٢/ ١٦٦ - الوقف - باب الصدقة على ما شرط الواقف - من حديث أبي هريرة.

وأخرجه الترمذي ٣/ ٦٢٦ - الأحكام - ح ١٣٥٢، الدارقطني ٣/ ٢٧ - البيوع - ح ٩٨، الحاكم ٤/ ١٠١ - الأحكام، البيهقي ٦/ ٧٩ - من طريق كثير ابن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده عمرو بن عوف.

وأخرجه البخاري ٣/ ٥٢ - الإجارة - باب أجرة السمسرة، معلقًا بصيغة الجزم حيث قال: وقال النبي ﷺ: «**المسلمون عند شروطهم**».

وحديث أبي هريرة رواه أبو داود وإسناده حسن، وأما حديث عمرو بن عوف المزني فصححه الترمذي والحاكم وفيه نظر، لأن مداره على كثير بن عبد الله المزني وهو ضعيف لا يحتج به.

وعمومًا فالحديث رواه البخاري معلقًا بصيغة الجزم، وهو حكم منه بصحته عن المضاف إليه.

(١) بانقضاء زمن الخيارين خيار المجلس وخيار الشرط يُلْغَى الشرط ويصح البيع.

(٢) وهذا هو المذهب؛ لحديث ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعًا: «**من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم**». متفق عليه.

وفي الاختيارات ص (١٢٥): «فإن أطلقا الخيار ولم يوقتاه بمدة توجه أن يثبت ثلاثًا لخبر حبان بن منقذ».

(٣) مثال ذلك: أن يبيعه دارًا ونحوها بمائة مقبوضة لينتفع بالدار ونحوها على أنه متى أتى بالمائة فسخا البيع، وإنما توصل بالعقد ليربح في قرض.

وأما أن يقرضه شيئًا، وهو يخاف أن يذهب بما أقرضه له، فاشترى منه =

. . . .

وَابْتِدَاؤُهَا مِنَ العَقْدِ، وَإِذَا مَضَتْ مُدَّتُهُ أَوْ قَطَعَاهُ بَطَلَ، وَيَثْبُتُ فِي البَيْعِ والصُّلْحِ بِمَعْنَاهُ، وَالإِجَارَةِ فِي

(**وابتداؤها**) أي ابتداء مدة الخيار (**من العقد**) إن شرط في العقد[١]، وإلا فمن حين اشترط[٢].

(**وإذا مضت مدته**) أي مدة الخيار ولم يفسخ لزم البيع[٣]، (**أو قطعاه**) أي قطع المتعاقدان الخيار (**بطل**) ولزم البيع كما لو لم يشترطاه[٤].

(**ويثبت**) خيار الشرط (**في البيع والصلح**) والقسمة والهبة (**بمعناه**) أي بمعنى البيع كالصلح، بعوض عن عين أو دين مقر به، وقسمة التراضي[٥] وهبة الثواب[٦]؛ لأنها أنواع من البيع[٧] (**و**) في (**الإجارة في**

= شيئًا، وجعل له الخيار مدة معلومة ولم يرد الحيلة، فقال أحمد: جائز. (انظر: الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ٣٠١، وحاشية العنقري ٢/ ٧٢).

(١) كأجل الثمن، لا من حين التفرق.

(٢) كأن اشترط زمن خيار المجلس أو الشرط فمن حين اشترط.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأن الأصل لزوم البيع، وقد تخلف هذا اللزوم بالشرط، فإذا زالت مدة الشرط لزم العقد لخلوه عن المعارض.

وعند الإمام مالك: أن من له الخيار له رد السلعة بعد انتهاء مدة الخيار في الغد، وما قرب من ذلك.

(بدائع الصنائع ٥/ ٢٦٧، ومواهب الجليل ٤/ ٤٢٥، والمجموع ٩/ ٨٣، وكشاف القناع ٣/ ٢٠٥).

(٤) لما تقدم من التعليل السابق.

(٥) وهي ما كان فيها ضرر أو رد عوض.

(٦) أي العوض كأن يقول: وهبتك هذا الثوب على أن تهبني هذا الدينار.

(٧) وتقدم الكلام على هذه الأنواع في خيار المجلس.

الذمةِ، أَوْ علَىٰ مُدَّةٍ لاَ تَلِي العَقْدَ

الذمة) كخياطة ثوب (أو) [في][١] إجارة (**على مدة لا تلي العقد**)(١) كسنة ثلاث في سنة اثنين إذا شـرطه[٢] مدة تنقضي قبل دخول سنة ثلاث، فإن وليت المدة العقد كشهر من الآن لم يصح شرط(٢) الخيار لئلا يؤدي إلى

(١) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٢٨٩: «لا نعلم خلافًا في ثبوت خيار الشرط في البيع الذي لا يشترط فيه في المجلس، وكذلك الصلح بمعنى البيع؛ لأنه بيع بلفظ الصلح والهبة بعوض على إحدى الروايتين، والإجارة في الذمة نحو أن يقول: استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب ونحوه؛ لأن الإجارة بيع المنافع فأشبهت بيع الأعيان، فأما الإجارة المعينة فإن كانت مدتها من حين العقد دخلها خيار المجلس دون خيار الشرط؛ لأن دخوله يفضي إلى فوت بعض المنافع المعقود عليها أو استيفائها في مدة الخيار، وكلاهما لا يجوز، وهذا مذهب الشافعي ذكر القاضي مرة مثل هذا ومرة قال: يثبت فيها خيار الشرط قياسًا على البيع، فإن كانت المدة لا تلي العقد ثبت فيها خيار الشرط».

وعند الحنفية والمالكية: يثبت الخيار في الإجارة مطلقًا.

(بدائع الصنائع ٥/ ٢٠١، وجواهر الإكليل ٤/ ٤٢٢).

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص (١٢٥): «وثبت خيار المجلس في البيع، ويثبت خيار الشرط في كل العقود، ولو طالت المدة».

وعلى هذا فالأقرب: أن خيار الشرط يثبت في إجارة تلي مدة العقد، فإن لم يفسخ العقد فالأمر ظاهر، وإن فسخ فللمؤجر أجرة المثل.

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية، وتقدم القول الثاني وهو مذهب الحنفية والمالكية: القول بالصحة؛ إذ الأصل في المعاملات الحل.

(المصادر السابقة مع المجموع ٩/ ١٩٢).

---

[١] ساقط من / م، ف.

[٢] في/ ط بلفظ: (شرط).

وَإِنْ شَرَطَاهُ لأَحَدِهِمَا دُونَ صَاحِبِهِ صَحَّ.

فوات بعض المنافع المعقود عليها، أو استيفائها في مدة الخيار، وكلاهما غير جائز(١)، ولا يثبت خيار الشرط في غير ما ذكر[١] كصرف وسلم(٢) وضمان وكفالة(٣).

ويصح شرطه للمتعاقدين ولو وكيلين(٤)، **(وإن شرطاه[٢] لأحدهما دون صاحبه صح)** الشرط، وثبت[٣] له الخيار وحده لأن الحق لهما فكيفما تراضيا به جاز(٥).

---

(١) وتقدم أنه إذا لم يفسخ العقد فالأمر ظاهر، وإن فسخ كان للمؤجر أجرة المثل مدة خيار الشرط فلم تفت عليه المنافع.

(٢) أي لا يصح خيار الشرط في الصرف والسلم وإن كانا بيعًا؛ لأن من شرط صحتهما التقابض في المجلس، وهذا قول جمهور أهل العلم.

وعند المالكية: يجوز في السلم إلى أجل قصير (المصادر السابقة).

(٣) وكذا لا يصح في الوقف، والضمان والكفالة؛ لأن ذلك ليس بيعًا ولا في معنى البيع، وهذا جمهور أهل العلم.

وعند الحنفية: يصح خيار الشرط في الكفالة، وعند أبي يوسف يصح في الوقف. (المصادر السابقة).

وتقدم اختيار شيخ الإسلام صحة خيار الشرط في كل العقود.

(٤) ولو كان متفاوتًا بأن شرطاه للبائع يومًا، وللمشتري يومين، ويصح شرط الخيار لوكيل البائع، ووكيل المشتري؛ لأن النظر في تحصيل مفوض إلى الوكيل، ومن ذلك خيار الشرط.

(٥) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «...**أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع**» متفق عليه، ولحديث أبي هريرة مرفوعًا: «**المسلمون على شروطهم**».

---

[١] من البيع والصلح بعوض عن عين أو دين مقربه و قسمة التراضي وهبة الثواب، وتقدم قريبًا.

[٢] في/ ف بلفظ: (اشترطاه).

[٣] في/ ط بلفظ: (ويثبت).

وَإِلىٰ الغَدِ، أَوْ الليلِ ويَسْقُطُ بأَوْلِهِ، ولِمَنْ لَهُ الخِيَار الفَسْخُ، ولَوْ مَعَ غَيْبَةِ الآخَرِ وَسُخْطِهِ، والمِلْكُ مُدةَ الخِيَارَيْنِ

(و) إن شرطاه (**إلى الغد أو الليل**) صح و(**يسقط بأوله**)[١] أي أول الغد[٢] أو الليل لأن «إلى» لانتهاء الغاية فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها[٣] وإلى صلاة يسقط بدخول وقتها[٤].

(و) يجوز (**لمن له الخيار الفسخ ولو مع غيبة**) صاحبه (**الآخر و**) مع (**سخطه**) كالطلاق[٥] (**والملك**) في المبيع (**مدة الخيارين**) أي خيار الشرط

---

(١) وأول الغد طلوع الفجر، وأول الليل: غروب الشمس.

(٢) وهذا هو المذهب أيهما إذا شرطاه إلى الغد لم يدخل في المدة، وبه قال الشافعي؛ لما علل به المؤلف.

وعن الإمام أحمد وبه قال أبو حنيفة: أنه يدخل في المدة؛ لأن إلى تستعمل بمعنى مع كقوله تعالى: ﴿وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾، أي مع المرافق، وكقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ﴾.

ونوقش: بأن إلى حملت هنا بمعنى الدليل، أو لتعذر حملها على موضعها.

وعلى هذا فالأقرب: قول المذهب؛ إلا لعرف.

(٣) لأن الأصل لزوم العقد، وإنما خولف فيما اقتضاه الشرط، فيثبت ما تيقن منه دون الزائد.

(٤) فإلى صلاة المغرب بدخولها وهو غروب الشمس.

(٥) وفي الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٢٩٨: «ولمن له خيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وزفر، وقال أبو حنيفة: ليس له الفسخ إلا بحضور صاحبه كالوديعة. =

لِلْمُشْتَرِي

وخيار المجلس (**للمشتري**)[(١)]، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما لقوله ﷺ: «**من باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع**[١]»

= ولنا: أنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه فلم يفتقر إلى حضوره، وما ذكروه ينتقض بالطلاق، والوديعة لا حق للمودَع فيها، ويصح فسخها مع غيبته» اهـ.

(١) فالمذهب: أن ملك المبيع للمشتري، وملك الثمن للبائع سواء كان الخيار لهما، أو لأحدهما؛ لما استدل به المؤلف.

ولأن البيع قد تم بالإيجاب والقبول، فثبوت الخيار لا يمنع الملك كخيار العيب.

وعند أبي حنيفة: أن الخيار لهما فملك المبيع للبائع، وملك الثمن للمشتري؛ لأن المانع من الانعقاد في الجانبين هو الخيار، فلا يخرج ملك المبيع عن البائع، ولا يخرج ملك الثمن عن المشتري.

وإن كان الخيار للبائع فملك المبيع له، والثمن يخرج عن ملك المشتري ولا يدخل في ملك البائع.

وإن كان الخيار للمشتري فملك الثمن له، والمبيع يخرج عن ملك، ولا يدخل في ملك المشتري.

وعند المالكية: أن ملك المبيع للبائع، وملك الثمن للمشتري؛ لأن البيع مع الخيار عقد قاصر لا يفيد التصرف، فأشبه الهبة قبل القبض.

ونوقش: بعدم التسليم، فجواز فسخه لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك كبيع المعيب، وامتناع التصرف لأجل حق الغير.

وعند الشافعية: أن ملك المبيع لمن له الخيار، وملك الثمن للآخر، وإن كان الخيار لهما كان الملك موقوفًا.

(بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٠، والفتاوى الهندية ٣/ ٤٨، والشرح الكبير =

---

[١] في/ ط بلفظ: (البتاع).

وَلَهُ نَمَاؤُهُ الْمُنْفَصِلُ وَكَسْبُه

رواه مسلم(١).

فجعل المال للمبتاع باشتراطه(٢)، وهو عام في كل بيع فشمل بيع الخيار (وله) أي للمشتري (نماؤه) أي نماء المبيع (المنفصل) [كالثمرة،[١]](٣) (وكسبه) في مدة الخيارين ولو فسخاه بعد(٤)؛ لأنه نماء ملكه الداخل في ضمانه لحديث: «**الخراج بالضمان**»، صححه الترمذي(٥).

= للدردير وحاشيته ٣/ ١٠٤، وشرح الخرشي ٤/ ٣٠، وشرح الروض ٢/ ٥٣، والشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٣٠٨).

(١) أخرجه البخاري ٣/ ٨١ ـ المساقاة ـ باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل، مسلم ٣/ ١١٧٣ ـ البيوع ـ ح ٨٠ ـ من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٢) فدل على أن المبيع دخل في ملك المشتري بمجرد العقد.

(٣) وكذا الولد، واللبن، ونحو ذلك.

(٤) لأن الفسخ رفع للعقد من حين الفسخ، لا من أصله.

(٥) المراد بالخراج: الدخل والمنفعة.

والحديث أخرجه أبو داود ٣/ ٧٧٩ ـ ٧٨٠ ـ البيوع ـ ح ٣٥٠٨ ـ ٣٥١٠، الترمذي ٣/ ٥٧٣ ـ البيوع ـ ح ١٢٨٥، ١٢٨٦، النسائي ٧/ ٢٥٥ ـ البيوع ـ باب الخراج بالضمان ـ ح ٤٤٩٠، ابن ماجه ٢/ ٧٥٤ ـ التجارات ـ باب الخراج بالضمان ـ ح ٢٢٤٣، أحمد ٦/ ٤٩، ٨٠، ١١٦، ١٦١، ٢٠٨، ٢٣٧، الشافعي في المسند ص ١٨٩، الطيالسي في المسند ص ٢٠٦ ـ ح ١٤٦٤، ابن الجارود في المنتقى ص ٢١٣ ـ ٢١٤ ـ ح ٦٢٦، ٦٢٧، ابن حبان كما في الإحسان ٧/ ٢١١ ـ ٢٩٠٦، الحاكم ٢/ ١٥ ـ البيوع، البيهقي ٥/ ٣٢١ ـ ٣٢٢ ـ البيوع ـ باب المشتري يجد بما اشتراه عيبًا وقد استغله زمانًا، =

---

[١] ساقط من/ س.

وَيَحْرُمُ وَلاَ يَصِحُّ تَصَرُّفُ أَحَدِهِمَا فِي الْمَبِيعِ وَعِوَضِهِ الْمُعَيَّنِ فِيهَا بِغَيْرِ إِذْنِ الآخَرِ

وأما النماء المتصل كالسمن، فإنه يتبع العين مع الفسخ لتعذر انفصاله(١).

(ويحرم ولا يصح تصرف أحدهما في المبيع و) لا في **(عوضه**[١] **المعين فيها)** أي في مدة الخيارين **(بغير إذن الآخر)**، فلا يتصرف المشتري في

= البغوي في شرح السنة ٨/ ١٦٣ - ح ٢١١٨ - من حديث عائشة رضي الله عنها.

الحديث صححه الترمذي وابن حبان والحاكم والذهبي وابن القطان كما في التلخيص الحبير ٣/ ٢٢، وحسنه البغوي في شرح السنة ٨/ ١٦٣.

(١) وهذا هو المذهب: أن النماء المنفصل للمشتري، وأما المتصل فيتبع العين، وعلى هذا يكون المتصل للبائع مع الفسخ؛ لما استدل به المؤلف.

وعند أبي حنيفة: أن الزيادة في الأصل تمنع رد المبيع، وعليه تكون للمشتري، إلا الزيادة المنفصلة غير المتولدة مثل الأجرة، وأرش الجناية ونحو ذلك فلا تمنع الرد، فإن اختار المشتري إمضاء البيع فله الزيادة، فإن اختار الفسخ فعند أبي حنيفة يرد الأصل مع الزوائد، وعند صاحبيه لا يرد الزوائد.

وعند المالكية: ما كان جزءاً باقياً من المبيع، ومثلوا له بالولد والصوف فهما للمشتري فهو كجزء، وما عدا ذلك فللبائع كالغلة الحادثة زمن الخيار من لبن، وسمن، وبيض، وكذا أرش الجناية على المبيع.

وعند الشافعية: الزوائد المنفصلة زمن الخيار كاللبن والبيض والثمرة فهي لمن له الملك وهو من انفرد بالخيار؛ فإن كان الخيار لهما فإن فسخ فهي للبائع، وإلا فهي للمشتري، وأما الزوائد المشتري متابعة للأصل. =

---

[١] في/ م بلفظ: (عوض).

. . . .

المبيع بغير إذن البائع إلا معه كأن اجره له ولا يتصرف البائع في الثمن المعين زمن الخيارين إلا بإذن المشتري، أو معه[1] كأن استأجر منه به . . . .

= (بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٠، والفتاوى الهندية ٣/ ٤٨، والشرح الكبير للدردير وحاشيته ٣/ ١٠٤، وشرح الخرشي ٤/ ٣٠، وشرح الروض ٢/ ٥٣، والشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٣٠٨).

(١) التصرف في المبيع أو عوضه المعين زمن الخيارين يمكن تقسيمه للآتي:

الأول: أن يكون الخيار لكل منهما، فلا ينفذ تصرف أحدهما في المبيع أو عوضه المعين بما ينقل الملكية من بيع أو وقف ونحو ذلك، لما في ذلك من إبطال حق الغير إلا بإذن الآخر، أو معه؛ لأن الحق لا يعدوهما. (المصادر السابقة).

الثاني: أن يكون الخيار لأحدهما، فالمذهب: إن كان الخيار للمشتري وحده، وتصرف في المبيع بما ينقل الملكية من بيع أو هبة أو وقف ونحو ذلك وكذا مساقاة ورهن، ونحوه، فتصرفه فسخ لخياره، وإمضاء للبيع، وفي قواعد ابن رجب القاعدة (٨٥): «لا يبطل الخيار إلا بما ينقل الملك بخلاف الإيجار والاستغلال ونحوهما مما لا ينقل الملك، وجزم بأنه المذهب»، وأما تصرف البائع فغير نافذ.

ولعله يقال: تصرف المشتري في المبيع فقط إن كان له الخيار وحده فسخ لخياره، وإمضاء للبيع، وتصرف البائع في العوض المعين فقط إن كان له الخيار وحده فسخ لخياره وإمضاء للبيع.

الثالث: التصرف بتجربة المبيع، فجائز؛ لما علل به المؤلف.

الرابع: تصرف المشتري بعتق المبيع، فالمذهب: أنه نافذ مطلقًا سواء كان الخيار لهما، أو لأحدهما؛ لأنه عتق من مالك جائز التصرف فنفذ كما بعد المدة. =

. . . .

بِغَيْرِ تَجْرِبَةِ المَبيعِ، إلاَّ عِتْقَ المُشْتَرِي.

عـينًا[(١)][(٢)]، هذا إن كان التصرف (**بغير تجربة المبيع**)، فإن تصرف بها لتجربته كركوب دابة لينظر سيرها، وحلب دابة ليعلم قدر لبنها لم يبطل خياره[(٣)]؛ لأن ذلك هو المقصود من الخيار كاستخدام الرقيق[(٤)]، (**إلا عتق المشتري**) لمبيع زمن الخيار فينفذ[١] مع الحرمة[(٥)]، ويسقط خيار البائع

وعند الإمام أحمد: لا يبطل خيار البائع، وله فسخ المبيع.
(الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٣٢٢).

والأقرب: عدم نفوذ عتق المشتري لما في ذلك من إبطال حق البائع، إلا إن كان له الخيار وحده.

الخامس: التصرف في منافع المبيع، فالمذهب تبقى معطلة، إلا مع الإذن، أو مع الآخر، والله أعلم.

(١) ويكون إمضاء له منهما.

(٢) كأن أجر المشتري المبيع للبائع، أو باعه السلعة التي اشتراها منه بشرط الخيار لهما فيصح، ويكون إمضاء للبيع منهما.

وهذا كله فيما إذا كان الإذن ونيته حادثين بعد العقد، لم ينوياه في العقد، بل دخلا في البيع على أصله الشرعي، ثم حدث هذا الإذن، فإن أراداه قبل العقد ودخلا على انتفاع المشتري بغلة المبيع بطل البيع؛ لأن الذي يقبضه البائع فرضًا، فكان هذا الخيار حيلة ليربح في فرض (حاشية العنقري ٢/ ٧٦).

(٣) أي كأن استأجر البائع عينًا من المشتري بالثمن المعين، أو غير المعين، بعد قبضه، فيصح.

(٤) ولم ينفذ البيع، ولهذا ثبت خيار المصراة.

(٥) في كشاف القناع ٣/ ٢٠٩: «وإن استخدم المشتري العبد المبيع، ولو بغير استعلام لم يبطل خياره؛ لأن الخدمة لا تخص الملك فلا تبطل الخيار كالنظر.

---

[١] في/ ف بلفظ: (فيعقد)، وفي / م بلفظ: (فينعقد).

وَتَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي فَسَخٌ لِخِيَارِه

حينئذ(١).

(وتصرف المشتري) في المبيع بشرط الخيار [له][١] زمنه بنحو وقف أو بيع أو هبة أو لمس [لأمة مبتاعة][٢] لشهوة [ونحوها][٢] (فسخ لخياره)(٢)، وإمضاء للبيع؛ لأنه دليل الرضى [به][٣](٣) بخلاف تجربة المبيع واستخدامه.

وتصرف البائع في المبيع إذا كان الخيار له وحده ليس فسخًا للبيع(٤)، ويبطل[٤] خيارهما مطلقًا بتلف مبيع بعد قبض(٥) وبإتلاف مشترٍ إياه[٥]

---

(١) في الإفصاح ١/ ٣٢٢: «واتفقوا على أنه إذا كان المبيع عبدًا فالخيار للمشتري خاصة، فإن أعتقه فإنه ينفذ العتق».

(٢) لقوته وسرايته، وتشوف الشارع إليه، وتقدم الكلام عليه قريبًا.

(٣) وكذا مساقاة، أو رهن؛ لأنه دليل الرضا.

وفي قواعد ابن رجب القاعدة (٨٥): «ونص أحمد رحمه الله تعالى في فسخ البائع: أنه لا ينفذ له بدون رد الثمن... واختار الشيخ ذلك».

(٤) لأن الملك انتقل عنه، فلا يكون تصرفه استرجاعًا، كوجود ماله عند من أفلس.

(٥) وهذا هو المذهب، وهو قول الجمهور.

وعند الشافعية: إن كان الخيار للبائع وحده ينفسخ العقد، وإن كان الخيار للمشتري أو لهما معًا، فإن اختار صاحب الخيار الإمضاء، فالواجب الثمن، وإن اختار الفسخ فالواجب رد المثل أو القيمة بدلاً من المبيع.

---

[١] ساقط من/ ف.

[٢] ساقط من جميع النسخ ما عدا/ ف.

[٣] ساقط من/ س.

[٤] في/ ف بزيادة لفظ: (رد).

[٥] في/ م؛ ف بلفظ: (ما اشترياه).

وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمَا بَطُلَ خِيَارُهُ، الثَّالِثُ: إِذَا غُبِنَ فِي المَبِيعِ غُبْنًا

مطلقًا(١).

(**ومن مات منهما**) أي من البائع والمشتري بشرط الخيار (**بطل خياره**) فلا يورث إن لم يكن طالب به قبل موته كالشفعة وحد القذف(٢).

(**الثالث**) من أقسام الخيار: خيار الغبن[١] (٣) (**إذا غبن في المبيع غبنا**

= (المبسوط ١٣/ ٤٤، وبدائع الصنائع ٥/ ٢٦٩، ٢٧٢، وشرح الخرشي ٤/ ٣١، ومواهب الجليل ٤/ ٤٢٣، ومطالب أولي النهى ٣/ ٩٩).
وأما قبل القبض فيسقط الخيار بالاتفاق (المصادر السابقة).

(١) قبضه أو لم يقبضه، وسواء اشترى بكيل أو وزن، أو لا؛ لاستقرار الثمن بذلك في ذمته، والخيار لا يسقطه.

(٢) فالمذهب: إن طالب بالخيار قبل موته ثبت حقه، وإن لم يطالب بطل حقه؛ لما علل به المؤلف.
وعند المالكية والشافعية: يورث عنه مطلقًا؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾.
وعند الحنفية: يبطل مطلقًا؛ لأن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة، فلا تحتمل الانتقال.
(المبسوط ١٣/ ٤٣، والذخيرة ٥/ ٣٥، والحاوي الكبير ٥/ ٨٥، والمبدع ٤/ ٧٦).
والأقرب: قول المالكية والشافعية؛ لأن الأصل انتقال جميع ما يتركه الميت لورثته سواء كانت أعيانًا أو حقوقًا.

(٣) الغبن: بسكون الباء: النقص في البيع والشراء، يقال: غبنه في البيع والشراء أي نقصه وخدعه. =

---

[١] في/ ف بلفظ: (العيب).

يَخْرُجُ عَنِ العَادَةِ

يخرج عن العادة)(١)؛ لأنه لم يرد[١] الشرع بتحديده فرجع فيه إلى العرف.

وله ثلاث صور(٢):

= (تهذيب اللغة للأزهري ٨/ ١٤٨، والمصباح ٢/ ٤٤٢).

والغبن: بالتحريك يراد به في الأكثر الغبن في الرأي (ترتيب القاموس ٣/ ٣٦٩).

وفي الاصطلاح: أن يغبن في المبيع غبنًا يخرج عن العادة.

(انظر: مواهب الجليل ٤/ ٤٦٨، ومجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩/ ٣٥٩).

مثل أن يشتري ما يساوي عشرة بثمانية، أو ما يساوي ثمانية بعشرة، ومثل بيع إجارة، لأنها بيع منافع، وما في معنى البيع كهبة الثواب، والصلح عن إقرار.

(١) وهذا قول جمهور العلماء، فالفاحش: ما خرج عن العادة، وغير الفاحش ما لم يخرج عن العادة، لما علل به المؤلف.

وعند الحنفية: الغبن الفاحش: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، واليسير: ما دخل تحت تقويمهم.

وعند محمد بن الحسن: الغبن الفاحش: ما جاوز نصف عشر القيمة.

وفي قول للمالكية والحنابلة: أن الفاحش ما بلغ ثلث القيمة.

(البحر الرائق ٧/ ١٦٩، ومواهب الجليل ٤/ ٤٧٢، والسراج الوهاج ص ٢٤٩، ومنتهى الإرادات ١/ ٣٥٩).

(٢) فالمذهب: حصر خيار الغبن في هذه الصور الثلاث.

---

[١] في / م، ف بلفظ: (لم ير).

. . . .

إحداها: تلقي الركبان[1] لقوله عليه السلام: «**لا تلقوا الجلب**[2]، **فمن**

---

(١) اسم جمع: واحده: راكب، وهو في الأصل: راكب البعير، ثم اتسع فأطلق على من ركب دابة. (تهذيب اللغة ١٠/ ٢١٦، واللسان مادة: «ركب»).

والتعبير بالركبان جرى على الغالب، والمراد: القادم من السفر ولو كان واحدًا، أو ماشيًا. (فتح الباري ٥/ ٢٧٨).

وفي الاصطلاح: أن يتلقى شخص أو أكثر من قدم بسلعة ليبيعها في السوق مع الجهل بالسعر. (انظر: المنتقى للباجي ٥/ ١٠١).

(٢) اختلف العلماء رحمهم الله بم يكون التلقي؛ على قولين:

القول الأول: أن التلقي خارج السوق ولو داخل البلد، وهو مذهب الحنابلة والظاهرية لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ أن تتلقى السلع حتى تبلغ الأسواق» رواه مسلم.

والقول الثاني: أن التلقي خارج البلد، فإن تلقاهم داخل البلد فلا بأس، وهو مذهب الشافعية؛ لأنهم إذا قدموا البلد أمكنهم معرفة السعر، وطلب الحظ لأنفسهم.

ونوقش: بعدم التسليم إذ قد لا يعرف السعر إلا بالسوق.

(مواهب الجليل ٤/ ٣٨٠، ومغني المحتاج ٢/ ٣٦، والمبدع ٤/ ٧٦، والمحلى ٨/ ٤٤٩، وفتح الباري ٥/ ٢٧٩).

والحكمة من النهي عن التلقي: مظنة الخديعة وإلحاق الغبن بصاحب السلعة، ولما في ذلك من الإضرار بعامة الناس؛ لأن من تلقى فسوف يشتري ويرفع السعر وينفرد بالبيع وحده. (المصادر السابقة مع الحسبة لشيخ الإسلام ص١٦).

. . . .

. . . .

تلقاه فاشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار»[١] رواه مسلم[٢].

---

(١) تلقي الركبان محرم للنهي في الحديث، ولحديث ابن مسعود أن النبي ﷺ «نهى عن تلقي البيوع» وعن أبي هريرة مرفوعًا: «**لا يتلقى الركبان لبيع**» رواه مسلم.

لكن اختلف العلماء في صحة العقد مع التلقي على قولين:

القول الأول: أن العقد صحيح مع إثبات الخيار للجالب، وهو مذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية؛ لما أورده المؤلف من الحديث، وفيه قوله ﷺ: «**فإذا أتى سيده. . .**».

القول الثاني: أن العقد صحيح ولا خيار، وهذا مذهب الحنفية والمالكية؛ لقوله ﷺ: «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**»، متفق عليه من حديث حكيم بن حزام، فإذا تفرقا لزم البيع فلا خيار.

ونوقش: بأنه مخصوص بالحديث الذي أورده المؤلف، وعند البخاري رحمه الله بطلان العقد وهو رواية عن الإمام أحمد للنهي في الحديث. (المصادر السابقة).

مسألة: من خرج لغير قصد التلقي فهل له الشراء منهم؟

المذهب ومذهب الشافعية: ليس له ذلك؛ لأن النهي لأجل الخديعة وهذا متحقق قصد التلقي أم لم يقصده.

وعند بعض الشافعية وبعض الحنابلة: الجواز لأن النهي في الحديث لمن قصد التلقي دون من لم يقصده. (المصادر السابقة).

(٢) أخرجه مسلم ٣/ ١١٥٧ ـ البيوع ـ ح ١٧، أبو داود/ ٧١٨ ـ البيوع ـ باب في التلقي ـ ح ٣٤٣٧، الترمذي ٣/ ٥١٥ ـ البيوع ـ باب ما جاء في كراهية تلقي البيوع ـ ح ١٢٢١، النسائي ٧/ ٢٥٧ ـ البيوع ـ باب التلقى ـ ح ٤٥٠١، ابن ماجه ٢/ ٧٣٥ ـ التجارات ـ باب النهي عن تلقي الجلب ـ ح ٢١٧٨، أحمد ٢/ ٤٨٨، الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ٩ ـ البيوع ـ باب تلقي الجلب،=

. . . .

وَبِزِيَادَةِ النَّاجِشِ

(و)[١] الثانية: المشار إليها بقوله: (بزيادة الناجش)(١) الذي لايريد شراء ولو بلا مواطأة(٢)، ومنه أعطيت كذا وهو كاذب لتغريره المشتري(٣).

= البيهقي ٥/ ٣٤٨ - البيوع - باب النهي عن تلقي السلع، الخطيب في تاريخ بغداد ٥/ ٢٠٢، من حديث أبي هريرة.

(١) في المصباح ٢/ ٥٩٤: «نجش الرجل نجشًا من باب قتل إذا زاد في سلعة أكثر من ثمنها، وليس قصده أن يشتريها، بل ليغر غيره فيوقعه فيه. . . والاسم النجش بفتحتين».

وفي كشاف القناع ٣/ ٢١١: «من نجشت الصيد إذا أثرته كأن الناجش يثير كثرة الثمن بنجشه».

(٢) أي ولو كانت زيادة من لا يريد الشراء بغير مواطأة بينه وبين البائع، وهذا هو المذهب؛ لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ «نهى عن النجش» متفق عليه، وهذا عام.

والقول الثاني في المذهب: لا خيار له إلا إذا كان بمواطأة من البائع. (الإنصاف مع الشرح ١١/ ٣٤٠).

وقولهم في النجش: ليغر المشتري، يؤخذ منه لو زاد ليبلغ القيمة فلا تحريم.

(٣) وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص (١٢٦): «ويحرم تغرير مشتر بأن يسومه كثيرًا ليبذل قريبًا منه».

---

[١] في/ م، ف، س، ط بدون الواو.

وَالمُسْتَرسِلِ

الثالثة ذكرها بقوله: (والمسترسل)[١] وهو من جهل القيمة ولا يحسن يماكس[٢]، من استرسل إذا اطمأن واستأنس فإذا غبن ثبت له الخيار ولا أرش مع إمساك[٣].

---

(١) اسم فاعل من استرسل، أي: استأنس واطمأن وانبسط. (تهذيب اللغة ١٢/ ٣٩٣، ولسان العرب مادة: «رسل»).

(٢) وعند المالكية: الاستئمان من أحد المتعاقدين إلى الآخر في القيمة بأن يذكر له أنه جاهل بالسعر، ويطلب منه البيع بسعر السوق. (الشرح الكبير للدردير ٣/ ١٤٠).

والأقرب: أن المسترسل من جهل القيمة مطلقًا.

وقد اختلف العلماء في ثبوت الخيار للمسترسل على قولين:

القول الأول: أنه له الخيار، وهو مذهب المالكية والحنابلة؛ لأنه لما غبن فات رضاه فيثبت له الخيار.

القول الثاني: لزوم العقد وعدم جواز فسخه؛ لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كبيع غير المسترسل، وكالغبن اليسير.

ونوقش: بالفرق فإن غير المسترسل دخل على بصيرة بالغبن.

(مواهب الجليل ٤/ ٤٧٠، وتكملة المجموع ١٢/ ٣٢٧، والمغني والفروع ٤/ ٩٦، ومنتهى الإرادات ١/ ٣٥٩).

(٣) قال في كشاف القناع ٣/ ٢١٢: «فيخير المشتري بين رد المبيع وإمساكه، قال ابن رجب في شرح الأربعين النووية، ويحط ما غبن به من الثمن، ذكره الأصحاب، قال المنقح: ولم نره لغيره، وهو قياس خيار العيب والتدليس على قول».

. . . .

الرَّابِعُ: خِيَارُ التَّدليسِ كَتَسوِيدِ شَعْرِ

والغبن محرم(١) وخياره على التراضي.

(**الرابع**) من أقسام الخيار: (**خيار التدليس**)(٢) [من][١] الدلسة[٢] وهي الظلمة(٣)، فيثبت بما يزيد به الثمن(٤) (**كتسويد شعر**............

---

(١) في كشاف القناع ٣/ ٢١٣: «والغبن محرم، لأنه تغرير وغش، والعقد صحيح فيهن أي في الصور الثلاث لما تقدم في تلقي الركبان».

وفي حاشية ابن قاسم ٤/ ٤٣٧: «ثم هذا التحريم ليس خاصًا بالثلاث الصور، بل يحرم أن تبيع ما يساوي سبعة بعشرة، قال شيخنا: وهذا كثير في بياعات الناس فلا يصح، ويستثنى منه أحوال الموسم فما كان من زيادة السوق أيام الموسم فلا يدخل فيه، ولا يقال غبن؛ لأنه حدوث رغبة...».

(٢) مصدر دلس يدلس تدليسًا، وهو مأخوذ من الدلس وهو الخديعة. (تهذيب اللغة ١٢/ ٣٦٢).

(٣) بالضم كأن البائع بتدليسه صير المشتري في ظلمة معنوية بالنسبة إلى حقيقة الحال.

والتدليس ينقسم إلى قسمين:

الأول: التدليس بكتمان العيب، وذلك بأن يفعل البائع بالمبيع فعلاً يستر به عيبه، فيظهره بصورة السالم.

الثاني: التدليس بما يزيده به الثمن، وذلك بأن يفعل البائع ما يظن به المشتري كمالاً ولا يوجد. (مواهب الجليل ٤/ ٤٣٧، والإقناع ٢/ ٩٢).

(٤) وقد يكون بالفعل كالتصرية، ومن ذلك ما يعمد إليه بعض أصحاب المصانع من تقليد بعض العلامات التجارية المعروفة بالإتقان والدقة، وقد يكون بالقول كالكذب بالثمن الحقيقي، أو الكذب بسعر السوق، ونحو ذلك.

---

[١] ساقط من/ ف.

[٢] في/ س، م بلفظ: (التدلسه).

الجَارِيةِ وَتَجْعِيدِهِ، وجَمْعِ مَاءِ الرَّحَىٰ وإرسَالِه عِنْدَ عَرْضِهَا.

الجارية[(١)] **وتجعيده)** أي جعله جعداً وهو ضد السبط[(٢)].

(وجمع ماء الرحى) أي الماء الذي تدور به الرحى **(وإرساله عند عرضها)** للبيع؛ لأنه إذا أرسله بعد حبسه اشتد دوران الرحى حين ذلك[(٣)]؛ فيظن المشتري أن ذلك عادتها فيزيد في الثمن، فإذا تبين له التدليس ثبت له الخيار[(٤)].

وكذا تصرية اللبن في ضرع بهيمة الأنعام[(٥)]؛ لحديث أبي هريرة يرفعه:

---

(١) المبتاعة، ليظن المشتري أن ذلك صفته حيث يكون شعرها أشقر أو أبيض فيسوده فيزيد في ثمنها.

(٢) فالشعر الجعد ما فيه التواء وانقباض، فيظن المشتري أنه خلقة فيزيد في الثمن.

(٣) والرحى هذه تكون في منصب ماء إذا كانت تدور بالماء، ولها مراوح إذا مر الماء حركها، وهذه المراوح متصلة بالرحى بسير، فإذا انصب الماء قويًا قوى دوران الرحى فكثر الطحن للحب.

(٤) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٣٥١: «فإن أراد إمساك المدلس مع الأرش لم يكن له ذلك؛ لأن النبي ﷺ لم يجعل له في المصراة أرشًا بل خيره بين الإمساك والرد مع صاع من تمر، ولأن المدلس ليس بمعيب فلم يستحق له أرشًا».

(٥) في المصباح ٢/ ٣٣٩: «صريت الناقة صَرىً فهي صرية من باب تعب إذا اجتمع لبنها في ضرعها، ويتعدى بالحركة فيقال: صريتها صريًا من باب رمى، والتثقيل مبالغة وتكثير فيقال: صريتها تصرية إذا تركت حلبها فاجتمع لبنها في ضرعها».

=

. . . .

«لا تصروا[(١)] الإبل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعًا من تمر»[(٢)(٣)] متفق عليه[(٤)].

= وهو محرم لنهي النبي ﷺ، ولما في ذلك من الغش والتدليس وإيذاء الحيوان.

في الإفصاح ١/ ٣٤٥: «واتفقوا على أنه لا يجوز تصرية الإبل، والبقر، والغنم؛ للبيع تدليسًا على المشتري.

ثم اختلفوا فيما إذا فعل ذلك أحد، ثم باع المصراة، فهل يثبت الفسخ للمشتري بذلك؟

فقال مالك والشافعي وأحمد: يثبت له الفسخ، ويجب رد صاع من تمر عوضًا عما احتلبه من لبنها».

وقال أبو حنيفة: لا يثبت له الفسخ» اهـ.

(١) بضم ثم فتح، أي لا تربطوا أخلافها ليجتمع لبنها فيكثر. (نيل الأوطار ٥/ ٢١٤).

(٢) قدره النبي ﷺ بالصاع مع أن اللبن قد يكون أكثر من التمر وبالعكس، وقد تختلف القيمة قطعًا للنزاع.

وقدره بالتمر لشبهه باللبن في غذائه وحلاوته.

(٣) المذهب: أنه يتعين التمر في الرد، ولو زادت قيمته على المصراة، أو نقصت عن قيمة اللبن، للحديث الذي أورده المؤلف.

وقال شيخ الإسلام: يعتبر في كل بلد صاع من غالب قوت بلده؛ لأن التمر غالب قوت الحجاز. (الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ٣٥٢، وكشاف القناع ٣/ ٢١٤).

(٤) أخرجه البخاري ٣/ ٢٥، ٢٦ - البيوع - باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم، مسلم ٣/ ١١٥٥ - البيوع - ح ١١.

. . . .

الخَامِسُ: خِيارُ العَيْبِ، وَهُوَ

وخيار التدليس على التراخي[(١)] إلا المصراة فيخير ثلاثة أيام منذ علم[(٢)] بين إمساك بلا أرش ورد مع صاع تمر سليم[(٣)] إن حلبها، فإن عدم التمر فقيمته[(٤)] ويقبل رد اللبن بحاله[(٥)].

(الخامس) من أقسام الخيار: **(خيار العيب)**[(٦)] وما بمعناه **(وهو)** أي

---

(١) في كشاف القناع ٣/ ٢١٥: «كخيار عيب بجامع أن كلاً منهما ثبت لإزالة ضرر المشتري، وإن صار لبنها عادة سقط الرد؛ لأن الخيار ثبت لدفع الضرر وقد زال».

(٢) لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها ومعها صاعًا من تمر**». رواه مسلم.

(٣) عوضًا عن اللبن الموجود حال العقد، ويتعدد بتعدد المصراة، وما حصل بعد العقد فلا يلزم رده، ولابد له لأن حدث في ملكه. (كشاف القناع ٣/ ٢١٤).

(٤) وتقدم خلاف شيخ الإسلام.

(٥) المذهب: إن كان اللبن باقيًا بحاله بعد الحلب لم يتغير بحموضة ولا غيرها رده المشتري ولزم البائع قبوله ولا شيء عليه؛ لأن اللبن هو الأصل والتمر إنما وجب بدلاً عنه فإذا رد الأصل أجزأ.

والوجه الثاني: أنه لا يجزئه إلا التمر؛ لظاهر الحديث. (الإنصاف مع الشرح ١١/ ٣٥٦، وكشاف القناع ٣/ ٢١٤).

(٦) ودليل إثبات خيار العيب: قوله تعالى: ﴿إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾، والعيب في المبيع مناف للرضا المشروط في العقد.

ومن السنة: إثبات الخيار في المصراة.

والإجماع قائم على إثبات خيار العيب، كما في الإقناع لابن المنذر ١/ ٢٦٢، وابن حزم في مراتب الإجماع ص ١٠٠.

مَا يَنْقِصُ قِيمَةَ المَبِيعِ، كمرضِهِ وَفَقْدِ عُضْوٍ أَوْ سِنٍ أَوْ زِيادَتُهمَا، وزِنَا الرَّقِيقِ وَسَرِقَتِه.

العيب(١): (**ما ينقص قيمة المبيع**)[١] عادة فما[٢] عده التجار في عرفهم منقصًا أنيط الحكم [به][٣] وما لا فلا(٢)، والعيب (**كمرضه**) على جميع حالاته في جميع الحيوانات(٣)، (**وفقد عضو**) كأصبع(٤) (**وسن أوزيادتهما**(٥) **وزنا الرقيق**) إذا بلغ عشرًا من عبد أو أمة(٦) (**وسرقته**) وشربه مسكرًا.

---

(١) لغة: الوَصْمَة، وعاب الشيء صار ذا عيب، والجمع أعياب وعيوب. (لسان العرب ١/ ٦٣٣).

(٢) وعند الحنفية: كل ما يوجب نقصانًا عند أهل الخبرة، أنقص العين أم لم ينقصها.

وعند الشافعية: هو الذي تنقص به قيمة المبيع، أو يفوت به غرض صحيح.

وعند المالكية: ما كان منقصًا للثمن كجماح الدابة، أو منقصًا لذات المبيع كخصاء الحيوان، أو منقصًا للتصرف كما لو كان لا يعمل بيده اليمنى.

(بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٤، ورد المحتار ٤/ ٧٤، وشرح الخرشي ٥/ ١٤٩، ومغني المحتاج ٢/ ٦١، وكشاف القناع ٣/ ١٧٣).

(٣) الجائز بيعها.

(٤) أو يد أو رجل.

(٥) بما يعتبر عيبًا.

(٦) قال في الإفصاح ١/ ٣٤٦: «واتفقوا على أن الزنا عيب في الجارية، ثم اختلفوا في الغلام، فقالو: هو عيب فيه كالجارية إلا أبا حنيفة فإنه قال: ليس بعيب في حقه».

---

[١] في/ ط بلفظ: (البيع).

[٢] في/ ظ بلفظ: (فاعده).

[٣] ساقط من/ ف.

وَإِبَاقِهِ، وَبَوْلِهِ فِي الفِرَاشِ

(وإباقه وبوله في الفراش)[١] وكونه أعسر لا يعمل بيمينه عملها المعتاد[٢]، وعدم ختان ذكر كبير[٣]، وعثرة مركوب وحرنه[٤] ونحوه[٥]، وبخر[٦] وحول[٧] وخرس[٨] وطرش[٩] وكلف[١٠] وقرع[١١] وحمل أمة[١٢]، وطول

---

(١) في كشاف القناع ٣/ ٢١٦: «وعلم منه أن ذلك ليس بعيب في الصغير؛ لأن وجوده يدل على نقصان عقله وضعف بنيته، بخلاف الكبير فإنه يدل على خبث طويته، والبول يدل على داء في بطنه».

(٢) فإن عمل بها فلا خيار. (المصدر السابق).

(٣) للخوف عليه لا أنثى ولا صغير؛ لأنه الغالب. (كشاف القناع ٣/ ٢١٦).

(٤) في المصباح ١/ ١٣٣: «حرن الدابة حرونًا من باب قعد، وحرانًا بالكسر فهو حرون وزان رسول، وحَرُن وزان قرب لغة فيه».

(٥) كرفسه، واستعصائه. (كشاف القناع ٣/ ٢١٧).

(٦) في المصباح ١/ ٣٧: «بخر الفم بخراً من باب تعب أنتنت ريحه فالذكر أبخر، والأنثى بخراء».

(٧) عدم اعتدال العين في مركزها، بل مائلة إلى جانب.

(٨) في المصباح ١/ ١٦٦: «خرس الكلام خرسًا منع الكلام خلقة فهو أخرس والأنثى خرساء».

(٩) في المصباح ١/ ٣٧٠: «طرش طرشًا من باب تعب، وهو الصمم، وقيل: أقل منه، وقيل: ليس بعربي محض، وقيل: مولد، ورجل أطرش، وامرأة طرشاء، والجمع طرش».

(١٠) في المصباح ٢/ ٥٣٧: «وكَلَفَ الوجه كَلَفًا تغيرت بشرته بلون علاه، وقال الأزهري: ويقال: للبهق: كلَف...».

(١١) في المصباح ٢/ ٤٩٩: «القَرَعُ بفتحتين: الصلع، وهو مصدر قرع الرأس من باب تعب إذا لم يبق عليه شعر، وقال الجوهري: إذا ذهب شعره من آفة، ورجل أقرع، وامرأة قرعاء، والجمع: قرع».

(١٢) دون الحيوان إن لم يضر باللحم. (كشاف القناع ٣/ ٢١٦)، لأن حمل الأمة نقص يضعفها عن العمل، بخلاف الحيوان فهو يراد للنماء.

....

فَإِذَا عَلِمَ المُشْتَرِي بَعْد أَمْسَكَهُ بِأَرْشِهِ

مدة نقل ما في دار مبيعة عرفًا(١)، وكونها ينزلها الجند(٢)، لا سقوط آيات يسيرة بمصحف ونحوه(٣)، ولا حمى وصداع[١] يسيرين، ولا ثيوبة أو كفر(٤) أو عدم حيض(٥)، ولا معرفة غناء، (**فإذا علم المشتري العيب بعد** العقد (**أمسكه بأرشه**) إن شاء؛ لأن المتبايعين تراضيا على أن العوض في

---

(١) لطول تأخر تسليم المبيع بلا شرط.

(٢) بأن تكون معدة لنزولهم؛ لأن الغالب أن الذي يتولونه تكون سلطتهم عليه، وكذا من في معناهم من لا يخرج إلا بمشقة، وكذا إذا كان ينزلها الجن لإيذائهم. (حاشية ابن قاسم ٤/ ٤٤٤).

قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص (١٢٦): «والجار السوء عيب».

(٣) ككتاب؛ لأن ذلك لا يسلم منه عادة.

(٤) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٣٧٢: «والثيوبة ليست بعيب؛ لأنها الغالب على الجواري فالإطلاق لا يقتضي خلافها، هذا اختيار القاضي.

وقال ابن عقيل: إذا أطلق الشراء اقتضى سلامتها من الثيوبة وبقاء البكارة، فالثيوبة إتلاف جزء، والأصل عدم الإتلاف...»

والكفر ليس بعيب وبه قال الشافعي، وهو عيب عند أبي حنيفة؛ لأنه نقص؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾.

ولنا: أن العبيد فيهم المسلم والكافر، والأصل فيهم الكفر، فالإطلاق لا يقتضي خلاف ذلك، وكون المؤمن خيراً من الكافر لا يقتضي كون الكفر عيباً...».

(٥) وهذا هو المذهب؛ لأن الإطلاق لا يقتضي الحيض ولا عدمه.

وعند الشافعي: عيب؛ لأن من لا تحيض لا تحمل. (المصدر السابق).

---

[١] في / س بلفظ: (ولا صداع).

وَهُوَ قِسْطٌ ما بَيْنَ قِيمَةِ الصِّحَّةِ وَالعَيْبِ

مقابلة المبيع فكل جزء منه[١] يقابله جزء من الثمن ومع العيب فات جزء من المبيع فله الرجوع ببدله وهو الأرش(١) (وهو) [أي][٢] الأرش **(قسط ما بين قيمة الصحة والعيب)**(٢)، فيقوم المبيع صحيحًا ثم معيبًا(٣)، ويؤخذ قسط

---

(١) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وعند الحنفية والشافعية: ليس للمشتري إلا رد المعيب وأخذ الثمن أو إمساكه بلا أرش، ولا يثبت الأرش إلا إذا تعذر الرد.

وعند المالكية: إن كان العيب كثيراً، وحد الكثير عند ابن رشد عشرة في المائة، وعند غيره الثلث كمذهب الحنفية والشافعية، وإن كان متوسطًا ففي العقارات ليس للمشتري الرد بل الأرش، وفي غيرها موضع خلاف بين وجوب الرد وعدم وجوبه وأخذ الأرش.

وأما العيب القليل جداً، فلا حكم له.

(المبسوط ١٣/ ١٠٣، ومواهب الجليل ٤/ ٤٣٥، ونهاية المحتاج ٤/ ٢٤، والمنتهى ١/ ٣٦٢).

وفي الاختيارات ص (١٢٦): «وإذا اشترى شيئًا فظهر به عيب فله أرشه إن تعذر رده وإلا فلا، وهو رواية عن أحمد ومذهب أبي حنيفة والشافعي وكذا في نظائره كالصفقة إذا تفرقت.

والمذهب: يخير المشتري بين الرد وأخذ الثمن، وإمساكه وأخذ الأرش، فعليه: يجبر المشتري على الرد وأخذ الأرش؛ لتضرر البائع بالتأخير» اهـ.

(٢) فيرجع المشتري إذا اختار الإمساك بمثل نسبته من ثمنه المعقود به.

(٣) يوم العقد؛ لأن ما زاد عليها في ملك المشتري فلا يقوم عليه، وما نقص =

---

[١] في/ م، ف بلفظ: (ومنه).

[٢] ساقط من / ف.

أَوْ رَدَهُ وَأَخَذَ الثَّمَنَ

ما بينهما من الثمن، فإن قوم صحيحًا بعشرة ومعيبًا بثمانية رجع بخمس الثمن قليلاً كان أو كثيرًا[١]، وإن أفضى أخذ الأرش إلى ربا كشراء حلي فضة بزنته دراهم[٢] أمسك مجانًا إن شاء.

(**أو رده وأخذ الثمن**) المدفوع للبائع[٣]، وكذا لو أبرئ المشتري من

= مضمون عليه؛ لأن جملة المبيع من ضمانه، فلو لبس المبيع، أو عمل عليه، أو حلبه فرده فعليه نقص قيمته.

(١) وإن اختلف المقومون فقومه أحدهم بـ (١٥) صحيحًا، وبـ (١٠) معيبًا، وآخر بـ (٢٥) صحيحًا، و بـ (٢٠) معيبًا، وثالث بـ (٢٠) صحيحًا، وبـ (١٥) معيبًا، فنجمع الصحيح، ثم نجمع المعيب، ثم نخرج الفرق بين قيمة الصحة والعيب، ثم ننسب هذا الفرق إلى قيمة الصحة، ونأخذ مقدار هذه النسبة من أصل الثمن فمجموع الصحيح ١٥، و٢٥، و٢٠ = ٦٠، ومجموع المعيب ١٠، و١٥، و٢٠ = ٤٥.

فالفرق بين مجموع القيمتين = ١٥، ونسبة هذا العدد إلى قيمة الصحة الربع، فإذا كان الثمن (١٢) ريالاً فالأرش الربع ثلاث ريالات.

(٢) أو اشترى حلي ذهب بزنته دنانير، أو اشترى قفيزًا مما يجري فيه الربا كبر وشعير بمثله جنسًا وقدرًا. (كشاف القناع ٣/ ٢١٨).

(٣) في كشاف القناع ٣/ ٢١٨: «وعليه أي المشتري إذا اختار الرد مؤنة رده إلى البائع لحديث علي: «اليد ما أخذت حتى تؤديه» وإذا رده أخذ الثمن كاملاً؛ لأن المشتري بالفسخ استحق استرجاع جميع الثمن».

وإن أسقط مشتر خيار رده بعوض بذله له البائع أو غيره قلّ، أو كَثر جاز، وليس له من الأرش شيء.

. . . .

وَإِنْ تَلَفَ المَبِيعُ أَوْ عُتِقَ العَبْدُ،

الثمن أو وهب له ثم فسخ البيع لعيب أو غيره رجع بالثمن على البائع(١)، وإن علم المشتري قبل العقد بعيب المبيع(٢)، أو حدث العيب بعد العقد فلا خيار له(٣) إلا في مكيل(٤) ونحوه تعيب قبل قبضه(٥).

(**وإن تلف المبيع**)(٦) المعيب(٧) (**أو عتق**[١] **العبد**) أو لم يعلم عيبه [حتى][٢] صبغ الثوب أو نسج(٨) أو وهب المبيع، . . . .

---

(١) لأنه بالفسخ استحق جميع الثمن. (كشاف القناع ٣/ ٢١٨).

(٢) فلا خيار له؛ لدخوله على بصيرة.

(٣) لخروجه من ملك البائع سليمًا.

(٤) فلمشتر الخيار؛ لأنه من ضمان بائع إلى قبضه.

(٥) مما ضمانه على بائع إلى قبضه كالموزون والمذروع والمعدود، والثمر على الشجر، وما بيع بوصف، أو رؤية متقدمة.

(٦) شرع المؤلف رحمه الله في بيان المواضع التي يتعين فيها الأرش.

(٧) ولو بفعل المشتري كأكله ونحوه، ثم علم عيبه تعين الأرش لتعذر الرد.
(انظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢٨٣، والشرح الصغير للدردير ٣/ ١٦٨، ونهاية المحتاج ٤/ ٣٩، وكشاف القناع ٣/ ٢١٨).

(٨) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية: إذا أحدث زيادة في المبيع من صبغ ونحوه.
وعند المالكية: إما أن يأخذ الأرش، أو يرد المبيع على البائع ويأخذ الثمن، ويكون شريكًا للبائع.
وفي وجه للشافعية: يتخير المشتري بين الرد ولا أجرة له، وبين الإمساك وأخذ الأرش.

---

[١] في/ ظ، س، هـ بلفظ: (اعتق).

[٢] ساقط من/ ف.

تَعَيَّنَ الأَرْشُ

أو باعه[١] أو بعضه (**تعين الأرش**) لتعذر الرد وعدم وجود الرضى به ناقصاً، وإن دلس البائع، بأن علم العيب وكتمه عن المشتري فمات المبيع أو أبق ذهب على البائع؛ لأنه غره[٢] ورد للمشتري[٣] ما أخذه.

= والوجه الثاني عند الشافعية: إن بذل البائع الأجرة فله أن يسترده، وإن امتنع لزمه الأرش. (المصادر السابقة).

(١) وهذا هو المذهب، إذا أخرج المشتري المبيع عن ملكه ببيع ونحوه.

وعند الحنفية: يسقط خيار المشتري، ولا أرش له، إلا إن فسخ التصرف الثاني ورد المبيع للمشتري الأول، فله الرد على بائعه على تفصيل عندهم.

وعند المالكية: إن كان انتقال المبيع بعوض فلا أرش ولا رد، وإن كان بغير عوض، فله الأرش.

والمصحح عند الشافعية: أنه إذا علم بالعيب بعد زوال ملكه عنه لا أرش له، لكن إن عاد الملك فله الرد؛ لأنه لم ييأس من الرد فقد يعود إليه فيرده. (المصادر السابقة).

والأقرب: تعين الأرش لما علل به المؤلف.

(٢) بالتدليس، ويتبع بائع عبده حيث كان. (حاشية ابن قاسم ٤/ ٤٥٠).

(٣) أي رد البائع من العوض للمشتري في مقابلة ما أخذ من الثمن، وإلا يكن دلس تعين الأرش كما تقدم.

وفي الإنصاف مع الشرح ١١/ ٣٩٣: «قلت: وهذا هو الصواب الذي لا يعدل عنه... قال المصنف - ابن قدامة - هنا: ويحتمل أن يلزمه عوض العين إذا تلفت وأرش البكر إذا وطئها؛ لقوله عليه أفضل الصلاة والسلام: «**الخراج بالضمان**»، وكما يجب عوض لبن المصراة، يعني بهذا الاحتمال إذا دلس البائع العيب، واختاره المصنف وأبو الخطاب في الانتصار وإليه ميل الشارح، قال الزركشي: وهذا هو الصواب...». =

....

وإن اشْتَرىٰ مَا لَمْ يَعْلَمْ عَيْبَهُ بِدوُن كَسْرِه، كَجُوز هِنْدٍ، وَبِيْضِ نعَامٍ، فَكَسَرَهُ فَوَجَدَهُ فَاسِدًا فَلَهُ أَرْشُهُ، وإِنْ رَدَهُ رَدَّ أَرْش كَسْرِهُ، وَإِنْ كَانَ كَبَيْضِ دَجاجٍ رَجَعَ بِكُلِ

(**وإن اشترى ما لم يعلم عيبه بدون كسره كجوز هند وبيض نعام**[1] **فكسره فوجده فاسدًا فأمسكه فله أرشه، وإن رده رد أرش كسره**)، الذي تبقى له معه قيمة وأخذ ثمنه؛ لأن عقد البيع يقتضي السلامة[2]، ويتعين أرش مع كسر لا تبقى معه قيمة.

(**وإن كان**) المبيع (**كبيض دجاج**) فكسره فوجده فاسدًا[3] (**رجع بكل**

= وعند المالكية: إذا كان العيب المدلس هو الذي أدى إلى هلاك العين، فيذهب على البائع.

(شرح الخرشي ٤/ ٤٨، وحاشية الدسوقي ٣/ ١٢٤).

(١) لأنه ينتفع به فيتخذ إناء، ومثله بطيخ فيه نفع.

(٢) من العيوب.

(٣) لأن قشره لا ينتفع به بل يرمى.

والخلاصة: أن ما لا يعلم عيبه بدون كسره له ثلاث حالات:

الأولى: أن يكون لوعائه قيمة، ويكسره كسرًا لا تنقص به القيمة كما لو شذ به، فلا يلزمه شيء.

الثانية: أن يكون لوعائه قيمة ويكسره كسرًا لا تبقى معه قيمة، فعليه أرش الكسر.

الثالثة: أن لا يكون لوعائه قيمة فلا يلزمه شيء، ولا يلزمه رد ما لا قيمة لوعائه من نحو جوز وبيض دجاج.

. . . .

الثَّمَنِ، وَخِيارُ عَيْبٍ مُتَرَاخٍ، مَا لَمْ يُوجَدْ دَلِيلُ الرِّضَىٰ

الثمن)[١] لأن تبينا فساد العقد من أصله لكونه وقع على ما لا نفع فيه، وليس عليه رد فاسد إلى بائعه لعدم الفائدة فيه.

(وخيار عيب متراخ) لأنه لدفع ضرر متحقق فلم يبطل بالتأخير[٢] **(ما لم يوجد دليل الرضى)**[٣] كتصرف فيه بإجارة، أو إعارة أو

---

(١) فإن وجد البعض فاسدًا رجع بقسطه، فإن كان الفاسد النصف رجع بنصف الثمن.

(٢) فمن علم بالعيب وأخر الرد لم يبطل خياره، وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية؛ لأنه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كالقصاص.

وعند بعض الحنفية، ومذهب الشافعية: يجب الرد على الفور؛ لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فكان على الفور قياسًا على خيار الشفعة، ولأن الأصل في المبيع اللزوم وإذا حصل خلافه وجب أن يكون على الفور وإلا بقينا على الأصل الذي هو اللزوم.

وعند المالكية: إن أخر الرد فإن كان لعذر فخيار باق مطلقًا، وإن كان لغير عذر فإن كان بعد يومين بطل خياره، وقبل مضي يوم لم يبطل، وقبل مضي يومين لم يقبل إلا بيمين.

(بدائع الصنائع ٥/ ٢٨١، وحاشية الدسوقي ٣/ ١٠٩، وتكملة المجموع ١٢/ ١٣٤، والإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ٤١٣).

والأقرب: وجوب الرد على الفور إلا لعذر أو تراخ يسير عرفًا؛ لدفع ضرر البائع.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول الحنفية، والمالكية، والشافعية.

(المبسوط ١٣/ ٩٩، والمقدمات الممهدات لابن رشد ٢/ ٢٥٤، ومغني المحتاج ٢/ ٥٨، الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ٣٩٨).

وَلاَ يَفْتَقِرُ إِلىٰ حُكْمٍ ولاَ رِضَى ولا حُضُورِ صَاحِبِه

نحوهما(١) عالمًا بعيبه واستعماله لغير تجربة.

(**ولا يفتقر**) الفسخ للعيب (**إلى حكم ولا رضى ولا حضور صاحبه**) أي[١] البائع كالطلاق(٢)، ولمشتر مع غيره معيبًا أو بشرط[٢] خيار الفسخ في

= وفي المغني ٦/ ٢٤٣، والشرح الكبير ١١/ ٣٩٨: «وإن باعه عالمًا بعيبه أو وهبه أو أعتقه أو وقفه أو استولد الأمة ونحوه فلا شيء له، ذكره القاضي؛ لأن تصرفه فيه مع علمه بالعيب يدل على رضاه، أشبه ما لو صرح بالرضا، وقياس المذهب: أن له الأرش بكل حال، وقد روي عن أحمد فيما إذا باعه أو وهبه؛ لأنا خيرناه ابتداء بين رده وإمساكه مع الأرش فبيعه والتصرف فيه بمنزلة إمساكه، ولأن الأرش عوض الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط ببيعه كما لو باعه عشرة أقفزة وسلم إليه تسعة فباعها المشتري» وصوبه المرداوي.

(١) كسومه وعرضه للبيع.

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية.

(مغني المحتاج ٢/ ٥٧، والشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٤١٥).

وفي الشرح الكبير: «ولا يفتقر الرد إلى رضا، ولا قضاء، ولا حضور صاحبه قبل القبض ولا بعده، وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: إن كان قبل القبض افتقر إلى حضور صاحبه دون رضاه، وإن كان بعده افتقر إلى رضا صاحبه أو حكم حاكم - إن لم يرض -؛ لأن ملكه قد تم على الثمن فلا يزول إلا برضاه. (بدائع الصنائع ٥/ ٢٨١).

ولنا: أنه رفع عقد مستحق له فلم يفتقر إلى رضا صاحبه ولا حضوره كالطلاق، ولأنه مستحق الرد بالعيب فلم يفتقر إلى رضا صاحبه كقبل القبض» اهـ.

---

[١] في/ ف بزيادة لفظ: (إلى).

[٢] في/ ف، ط بلفظ: (يشترط).

وإنْ اخْتَلَفَا عِنْدَ مَنْ حَدَثَ العَيبَ، فَقَوْلُ مُشْتَرٍ مَعَ يَمِينِه.

نصيبه ولو رضي الآخر[١].

والمبيع بعد فسخ أمانة بيد مشتر[٢]، (**وإن اختلفا**) أي البائع والمشتري في معيب (**عند من حدث العيب**) مع الاحتمال[٣] (**فقول مشتر مع يمينه**)[٤] إن لم يخرج عن. . . . .

---

(١) الفسخ في نصيبه لأجل العيب، أو لأجل الشرط، ولو رضي الآخر بالعيب وعدم الفسخ؛ لأن نصيبه جميع ما ملكه بالعقد فجاز له بالعيب تارة، وبالشرط أخرى. (كشاف القناع ٣/ ٢٢٥).

(٢) فإن تلف بغير تعد ولا تفريط فلا ضمان، وإن تعدى أو فرط ضمن، وإن لم يمكن رد المبيع إلا بمشقة وضرر على البائع، أو خطر، فقال بعضهم: للمشتري بيعه وحفظ ثمنه؛ لأنه مصلحة للبائع، وصرحوا به في الوديعة.

(٣) أي احتمال قول كل منهما كخرق ثوب ونحوه.

(٤) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

ونوقش: بأن هذا الأصل معارض بأصل آخر، وهو أن الأصل السلامة من العيوب.

وعند جمهور أهل العلم: أن القول قول البائع؛ لحديث ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع، أو يترادان**»، رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١٠٧: «وقال صاحب التنقيح والذي يظهر أن حديث ابن مسعود بمجموع طرقه له أصل، بل هو حديث حسن يحتج به. . .».

وقال ابن القيم في التهذيب ٥/ ٦٢: «وقد روي حديث ابن مسعود من طرق يشد بعضها بعضاً»، ولأن حدوث العيب يقين وتقدمه شك، والحكم =

. . . .

وَإِنْ لَمْ يَحْتَمِلْ إِلاَّ قَوْلُ أَحَدِهِمَا ، قُبِلَ قَوْلُ الْمُشْتَرِي

يده[١] ؛ لأن الأصل عدم القبض في الجزء الفائت، فكان القول قول من ينفيه، فيحلف أنه اشتراه وبه العيب[٢]، أو أنه ما حدث عنده ويرده.

(**وإن لم يحتمل إلا قول أحدهما**) كالأصبع الزائدة والجرح الطري الذي لا يحتمل أن يكون قبل العقد (**قبل قول المشتري**) في المثال الأول[٣]

= باليقين أولى من الحكم بالشك.

(فتح القدير ٦/ ٣٧٨، والشرح الصغير ٣/ ١٧٩، والحاوي ٥/ ٢٥٩، والكافي لابن قدامة ٤/ ١٠٦، والفروع ٤/ ١١٣، والطرق الحكمية ص ٢٢).

والأقرب: قول الجمهور؛ لحديث ابن مسعود رضي الله عنه، فيحلف البائع على دعواه، ما لم تدل القرينة على صدق دعوى أحدهما.

(١) في كشاف القناع ٣/ ٢٢٦: «إن لم يخرج المبيع عن يده أي المشتري إلى يد غيره بحيث لا يشاهده، فإن خرج عن يده كذلك فليس له الحلف ولا رده؛ لأنه إذا غاب عنه احتمل حدوثه عند من انتقل إليه، فلم يجز له الحلف على البت فلم يجز له الرد.

قال في المبدع وغيره: إذا خرج من يده إلى يد غيره لم يجز له أن يرده»اهـ.

(٢) فيحلف على البت أنه اشترى هذا المبيع وبه هذا العيب؛ لأن الأيمان على البت إلا ما كان على نفي فعل الغير.

وقال ابن أبي ليلى: اليمين في جميع العيوب على العلم دون البت، وهو رواية عن أحمد. (المغني ٦/ ٢٥١، والفروع ٤/ ١١٣).

(٣) بلا يمين؛ لعدم الحاجة إليه.

بِلاَ يَمِينٍ.

والبائع في المثال الثاني (بلا يمين) لعدم الحاجة إليه، ويقبل قول البائع أن المبيع المعيب ليس المردود(١) إلا في خيار شرط، فقول مشتر(٢)، وقول قابض في ثابت في ذمة من ثمن وقرض وسلم(٣) ونحوه إن لم يخرج عن يده(٤) وقول مشتر في عين[١] ثمن معين بعقد(٥)، ومن اشترى متاعًا فوجده

---

(١) لأن البائع ينكر كون هذه سلعته، وينكر استحقاق الفسخ، والقول قول المنكر مع يمينه. (شرح المنتهى ٢/ ١٨٠).

وفرق الشافعية والحنابلة: بين المبيع المعين كهذا الكتاب فالقول قول البائع، وبين ما إذا كان المبيع في الذمة المسلم فيه. (مغني المحتاج ٢/ ٩٨، وكشاف القناع ٣/ ٢٢٧).

(٢) في رد المبيع، وقول البائع في صورة رد الثمن؛ لأنهما اتفقا على استحقاق الفسخ. (المغني ٦/ ٢٥٢، والفروع ٤/ ١١٣).

(٣) أي ويقبل قول قابض بيمينه سواء كان بائعًا أو مقرضًا أو مسلمًا أو مؤجرًا أو متلفًا في ثابت في الذمة.

مثال ذلك: إذا ثبت على عمرو لزيد صاع ثمن مبيع أو قرض أو دين سلم في ذمة عمرو لزيد وبعد قبض زيد من عمرو وجده معيبًا فأنكر عمرو أن الصاع المردود هو الصاع الذي دفعه، فالقول قول القابض وهو زيد في المثال بيمينه؛ لأن الأصل بقاء شغل الذمة بهذا الحق الثابت في ذمة عمرو.

(٤) المشاهدة بحيث يغيب عنه دون الحكمية؛ لأن الأصل بقاؤه في الذمة.

(٥) أي إن رُدَّ عليه بعيب أنه ليس المردود؛ لأنه إذا عين تعلق الحكم به، فصار الثمن هنا نظير المثمن.

قال في كشاف القناع ٣/ ٢٢٧: «وينبغي أن يقال إلا في خيار شرط كما تقدم».

---

[١] في/ م، ب بلفظ: (عيب).

السَّادِسُ: خِيارٌ فِي البَيْعِ، بِتَخْبِيرِ الثَّمَنِ حَتَّىٰ بَانَ أَقَلُّ أَوْ أَكْثَرُ وَيَثْبُتُ

خيرًا مما اشترى فعليه رده إلى بائعه[١].

(**السادس**) من أقسام الخيار: (**خيار في البيع بتخيير الثمن متى بان**) الثمن (**أقل أو أكثر**)[٢] مما أخبره به[٣]، (**ويثبت**) في أنواعه الأربعة[٤]

---

(١) إذا كان البائع جاهلاً به.

(٢) قوله: «أكثر» ليست في المقنع أصل المختصر، ولا الإنصاف ولا الإقناع ولا المنتهى.

(٣) أو أخفى التأجيل، أو شيئًا مما يلزمه بيانه، ويحرم على البائع التخبير بما يخالف الواقع في الثمن.

قال في كشاف القناع ٣/ ٢٢٩: «وهي البيع بتخبير الثمن، وبيع المساومة أسهل منها نصًا، قال في الحاوي الكبير: لضيق المرابحة على البائع؛ لأنه يحتاج أن يعلم المشتري بكل شيء من النقد والوزن وتأخير الثمن، وممن اشتراه، ويلزمه المؤنة والرقم والقصارة والسمسرة والحمل، ولا يغر فيه، ولا يحل له أن يزيد على ذلك شيئًا إلا ببينة ليعلم المشتري بكل ما يعلمه البائع، وليس كذلك المساومة اهـ.

وفي الإنصاف: قلت: أما بيع المرابحة في هذه الأزمان فهو أولى للمشتري وأسهل. اهـ.

ولا مخالفة بينهما؛ لأن كلام الحاوي في الضيق على البائع، وكلام الإنصاف في سهولة الأمر على المشتري بترك المماكسة» اهـ.

(٤) اختصت بهذه الأسماء كاختصاص السلم باسمه، تصح بلفظ البيع، وبكل ما يؤدي المعنى. (المصدر السابق).

فِي التَّوْلِيةِ وَالشَّرِكَةِ والمُرَابَحَةِ

(في التولية)[١] وهي بيع برأس المال[٢]، **(و) في (الشركة)** وهي بيع بعضه بقسطه من الثمن[٣] وأشركتك ينصرف إلى نصفه[٤].

(و) في (المرابحة)[٥] وهي بيع بثمنه وربح معلوم، وإن قال: على أن أربح في كل عشرة[٦] درهمًا كره[٧].

---

(١) مصدر ولي يولي تولية، وهي في اللغة: تقليد العمل، يقال: وليت فلانًا عمل ناحية، إذا قلدته ولايتها. (تهذيب اللغة ١٥/ ٤٥٢، والمصباح ٢/ ٦٧٢).

(٢) الفتاوى الهندية ٣/ ١٤٢، والشرح الكبير لابن أبي عمر ٤/ ١٠٠.
مثل أن يقول: بعتك هذه الدار برأس مالها، أو بما اشتريتها به ونحو ذلك.

(٣) المعلوم لهما نحو أشركتك في نصفه، أو ثلثه، أو ربعه ونحو ذلك.

(٤) لأن مطلق الشركة يقتضي التسوية. (كشاف القناع ٣/ ٢٢٩).

(٥) لغة: مفاعلة من الربح، وهي الزيادة على رأس المال. (تهذيب اللغة ٥/ ٣١، والمصباح ١/ ٢١٥).

(٦) الشرح الصغير ٣/ ٢١٥، ومغني المحتاج ٢/ ٧٧، والشرح الكبير لابن أبي عمر ٤/ ١٠٠).
مثال ذلك: أن يشتري سيارة بعشرة آلاف ريال، ثم يبيعها مرابحة على أن يكون الربح ألف ريال.

(٧) قال في الإفصاح ١/ ٣٥٠: «وأجمعوا على أن بيع المرابحة صحيح، وهو أن يقول: أبيعك وأربح في كل عشرة درهمًا، ثم اختلفوا في كراهته: فكرهه أحمد ولم يكرهه الآخرون» اهـ.
وكرهه الإمام أحمد: بكراهة ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم. =

. . . .

وَالْمُواضَعَةِ وَلَابُدَّ فِي جَمِيعِهَا مِنْ مَعْرِفَةِ الْمُشْتَرِي رَأْسَ الْمَالِ.

(و) في (**المواضعة**)(١) وهي بيعه برأس ماله وخسران معلوم(٢)، (**ولابد في جميعها**) [أي][١] الصور الأربعة (**من معرفة المشتري**) والبائع(٣) (**رأس المال**) لأن ذلك شرط لصحة البيع فإن فات(٤) لم يصح، وما ذكره من ثبوت الخيار في الصور الأربع تبع فيه «المقنع»(٥) وهو رواية(٦).

والمذهب أنه متى بان رأس المال أقل حط الزائد(٧)، . . . .

= (الشرح الكبير مع الإنصاف١١/ ٤٤٠).

ونقل أحمد بن هاشم: كأنه دراهم بدراهم (كشاف القناع ٣/ ٢٣٠).

(١) لغة: النقص والخسارة. (تهذيب اللغة ٣/ ٧٤، وتاج العروس مادة «وضع»).

(٢) مغني المحتاج ٢/ ٧٧، والشرح الكبير لابن أبي عمر ٤/ ١٠٣.

مثال ذلك: أن يقول: بعتك هذا الكتاب برأس مالي عشرة، وأضع عنك ريالين.

(٣) ولا تكفي معرفة أحدهما.

(٤) معرفة رأس المال.

(٥) المقنع مع حاشيته ٢/ ٥٣.

(٦) الشرح الكبير لابن أبي عمر ٤/ ١٠٣.

(٧) فالمذهب ما بينه الشارح، والعقد لازم ولا خيار، وبه قال أبو حنيفة في التولية، وأبو يوسف في كل الصور وهو الأظهر عند الشافعية؛ لأن الأصل في هذا العقد كونه مرابحة ونحوها.

أما الثمن المسمى في مجلس العقد؛ فهو كالتفسير للثمن الأصلي، فإذا ظهرت خيانة بطلت التسمية وبقي أصل العقد. =

---

[١] ساقط من / ف.

وَإِنْ اشْتَرَىٰ بِثَمَنٍ مُؤجَلٍ، أَوْ مِمَّنْ لاَ تُقْبَلُ

ويحط[١] قسطه في مرابحة وينقصه في مواضعه ولا خيار للمشتري ولا تقبل دعوى بائع غلطًا في رأس المال بلا بينة[٢].

(**وإن اشترى**) السلعة (**بثمن مؤجل**[٣] أو) اشترى (**ممن لا تقبل**

= وعند الإمام مالك: أن المشتري له الخيار إما أن يأخذ السلعة لكل الثمن أو يفسخ العقد، وبه قال أبو حنيفة في بيع المرابحة؛ لأن العبرة في العقود بالثمن المسمى في مجلس العقد لكونه معلومًا لكلا المتعاقدين، وذكر وصف المرابحة والتولية... إنما هو للترغيب في شراء السلعة.

وعن الإمام أحمد وهو قول لبعض الشافعية: للمشتري الخيار بعد حط مقدار الزيادة؛ إن شاء فسخ، وإن شاء أمسك بعد الحط؛ لأن ما حصل من خيانة البائع تثبت للمشتري بعد حط الزائد.

(فتح القدير ٥/ ٢٥٦، والمدونة ١٠/ ٢٣٧، وبداية المجتهد ٢/ ٢١٥، ومغني المحتاج ٢/ ٧٩، والشرح الكبير لابن أبي عمر ٤/ ١٠٣، ومنتهى الإرادات ١/ ٣٦٧).

والأقرب: إثبات الخيار للمشتري لغش وتدليس البائع.

(١) فلو باعه تولية بألف ثم تبين أن الثمن بثمانمائة، حط الزائد مائتين، على المذهب.

(٢) في إحدى الصور الأربع كما لو قال: اشتريته بعشرين ثم قال: غلطت بل بثلاثين؛ لأنه أقر بالثمن وتعلق به حق الغير، وكونه مؤتمنًا لا يوجب قبول دعواه الغلط كالمضارب إذا أقر بربح ثم قال: غلطت.

وعن الإمام أحمد: يقبل قول معروف بالصدق. (كشاف القناع ٣/ ٢٣٢).

(٣) أي ولم يبين ذلك للمشتري في تخبيره بالثمن فلمشترٍ الخيار على كلام الماتن، والمذهب: أنه يؤجل على المشتري ويأتي. =

....

شِهَادَتُهُ لَهُ، أَوْ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِهِ حِيلَةً، أَوْ بَاعَ بَعْضَ الصَّفْقَةِ بِقِسْطِهَا مِنْ الثَّمَنِ.

شهادته له) كأبيه وابنه وزوجته(١) **(أو)** اشترى شيئًا **(بأكثر من ثمنه حيلة)**(٢) أو محاباة(٣) أو لرغبة[١] تخصه(٤) أو موسم فات(٥) **(أو باع بعض الصفقة بقسطها من الثمن)** الذي اشتراها به(٦).

= وفي كشاف القناع ٣/ ٢٣٢: «وإن اشتراه بدنانير فأخبر أنه اشتراه بدراهم وبالعكس، أو اشتراه بعرض فأخبر أنه اشتراه بنقد من دراهم أو دنانير فلمشتر الخيار».

(١) أي ولم يبين ذلك في تخبيره بالثمن فلمشتر الخيار؛ لأنه متهم في حقهم لكونه يحابيهم ويسمح لهم. (المصدر السابق).

(٢) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٤٤٨: «مثل أن يشتريه من غلام دكانه الحر أو غيره على وجه الحيلة لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره؛ لأن ذلك تدليس وحرام. . . . والصحيح - إذا لم يكن حيلة - أن ذلك يجوز».

(٣) كأن يشتري من صديقه، فلا يجوز بيعه مرابحة حتى يبين ذلك؛ لأنه متهم في حقه، ولمشتر الخيار، فإن لم يجاب جاز.

(٤) ولم يبين ذلك للمشتري؛ لأنه قد يزيد في الثمن، كأن يشتري أرضًا بجوار داره ونحو ذلك.

(٥) أي اشترى بثمن عال لأجل الموسم الذي كان حال الشراء وذهب الموسم، فلابد أن يبين ذلك في تخبيره للمشتري. (كشاف القناع ٣/ ٢٣٣).

(٦) في كشاف القناع ٣/ ٢٣٢: «وإن اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما بتخبير الثمن، أو اشترى اثنان شيئًا وتقاسماه وأراد أحدهما بيع نصيبه مرابحة أو تولية أو مواضعة، فإن أحد الشيئين اللذين اشتراهما صفقة واحدة، أو قسم أحد المشتريين في الثانية من المتقومات التي لا ينقسم عليها الثمن بالأجزاء كالثياب ونحوها من العبيد لم يجز أن يبيع بتخبير الثمن حتى =

---

[١] في/ م بلفظ: (الرغبه).

ولم يُبَينْ ذَلكَ فِي تَخْبِيرِه بالثَّمَنِ فَلِمُشْتَرٍ الخِيارُ بَيْنَ الإِمْسَاكِ والرَّدِ، وَمَا يَزْدَادُ فِي ثَمَنٍ، أَوْ يَحُطُ مِنْهُ فِي مُدَةِ خِيارٍ،

(**ولم يبين ذلك**) للمشتري (**في تخبيره بالثمن فلمشتر الخيار بين الإمساك والرد**) كالتدليس.

والمذهب فيما إذا بان الثمن مؤجلاً أنه يؤجل على المشتري، ولا خيار لزوال الضرر، كما في «الإقناع»(١) و«المنتهى»(٢) (٣).

(**وما يزداد في ثمن**(٤) **أو يحط منه**)(٥) أي من الثمن (**في مدة خيار**)

= يبين الحال على وجهة؛ لأن قسمة الثمن على ذلك تخمين واحتمال الخطأ فيه كثير... وإن كان أحد الشيئين اللذين اشتراهما صفقة واحدة أو قسم المشتريين صفقة واحدة من المتماثلات التي ينقسم عليها الثمن بالأجزاء كالبر والشعير المتساويين جاز بيع بعضه مرابحة ومواضعة وتولية بقسطه من الثمن، قال في المبدع: بغير خلاف نعلمه».

(١) الإقناع مع شرحه ٣/ ٢٣٢.

(٢) المنتهى مع شرحه ٢/ ١٨٣.

(٣) فإن لم يعلم المشتري إلا بعد مضي الأجل فكالحال.

(٤) أي في زمن خيار الشرط أو المجلس، مثاله: أن يشتري زيد من عمرو داراً بمائة، فيخشى المشتري الفسخ فيزيد عشرة، فلا يلزم البائع زيداً أن يقول: اشتريتها بمائة وزدت عشرة.

(٥) في المثال السابق أن يخشى البائع الفسخ فيسقط عشرة، فيقول المشتري عند البيع: اشتريتها بتسعين، ولا يلزمه أن يقول: كانت بمائة وحط عشرة، وإن أخبر بالحال فحسن ويأتي.

أَوْ يُؤْخَذُ أَرْشًا لِعَيبٍ، أَوْ لِجنَايةٍ عَليهِ، يُلْحَقُ بِرَأْسِ مَالِهِ ويُخْبَر بِهِ،

مجلس أو شرط (**أو يؤخذ أرشًا لعيب أو لجناية عليه**)(١) أي على المبيع ولو بعد لزوم البيع(٢) (**يلحق برأس ماله و**) يجب أن (**يخبر به**) [كأصله[١]](٣)، وكذا ما يزاد في مبيع أو أجل أو خيار أو ينقص منه [في][٢] مدة خيار فيلحق بعقد(٤).

---

(١) في كشاف القناع ٣/ ٢٣٤: «وما أخذه المشتري أرشًا لعيب، أو أرشًا لجناية عليه أخبر به إذا باع بتخبير الثمن على وجهه ولو كان في مدة الخيارين المأخوذ في مقابلة جزء من المبيع، ومعنى الإخبار به على وجهه: أن يخبر أنه اشتراه بكذا وأخذ أرشه بكذا، ولا يحط أرشه من ثمنه ويخبر بالباقي خلافًا لأبي الخطاب ومتابعيه».

(٢) قوله: «ولو بعد لزوم البيع» راجع لقوله: «أو يؤخذ أرشًا لعيب أو لجناية عليه» لأن المأخوذ هنا في مقابلة جزء عن المبيع.

(٣) أي على وجهه كما تقدم النقل عن شرح الإقناع.

(٤) في كشاف القناع ٣/ ٢٣٣: «وإن حط البائع بعض الثمن عن المشتري زمن الخيارين، أو زاده أي البائع المشتري في الأجل أي أجل الثمن، أو زاد البائع المشتري في المثمن بأن أعطاه شيئًا آخر مع المبيع زمن الخيارين، أو زاده أي . . . البائع المشتري في الثمن بأن اشترى منه بعشرة ثم زاده درهمين زمن الخيارين، أو حط المشتري له في الأجل بأن عقد معه بثمن إلى رجب، ثم قال له: إلى جمادى الأولى في مدة الخيارين خيار المجلس، وخيار الشرط لحق ذلك الفعل بالعقد، وأخبر المشتري به في البيع بتخبير الثمن؛ لأن ذلك من الثمن فوجب إلحاقه برأس المال والإخبار به كأصله».

---

[١] ساقط من/ ف.

[٢] ساقط من / م، ف.

وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بعْدَ لِزُومِ البَيْعِ لَمْ يُلْحَقْ بِهِ، وَإِنْ أَخبَرَ بِالحَالِ فَحَسنٌ.

(**وإن كان ذلك**) أي ما ذكر [من زيادة][١] أو حط(١) (**بعد لزوم البيع**) بفوات الخيارين (**لم يلحق به**) أي بالعقد فلا يلزم أن يخبر(٢) به [٢ ويخبر بأرش العيب والجناية عليه مطلقًا؛ لأنه بدل جزء من المبيع٢](٣)، لا إن جنى المبيع ففداه المشتري(٤)؛ لأنه لم يزد به المبيع ذاتًا ولا قيمة(٥).

(**وإن أخبر بالحال**) بأن يقول: اشتريته بكذا أو زدته أو نقصته[٣] كذا ونحوه (**فحسن**)(٦)؛ لأنه أبلغ في الصدق(٧).

---

(١) في ثمن أو مثمن أو أجل أو خيار.

(٢) للزوم العقد فلا يلزم الإخبار به. (كشاف القناع ٣/ ٢٣٤).

(٣) وتقدم الكلام عليه عند قول المؤلف: «أو يؤخذ أرشًا لعيب أو لجناية عليه».

(٤) أي إن جنى المبيع جناية توجب قودًا أو مالاً ففداه المشتري فلا يلحق فداؤه بالثمن، ولو كان في مدة الخيارين.

(٥) وفي كشاف القناع ٣/ ٢٣٤: «وإنما هو مزيل لنقصه بالجناية، وكالأدوية والمؤنة والكسوة فإنه لا يخبر به في الثمن وجهًا واحدًا ذكره في الشرح».

(٦) في كشاف القناع ٣/ ٢٣٤: «وما كان من زيادة في ثمن أو مثمن بعد مضي مدة الخيارين لايلحقان بالعقد بعد لزومه كسائر الشروط، وكما لو جنى المبيع ففداه المشتري، فلا يلحق بالعقد، ولو كان الفداء في مدة الخيارين، وكالأدوية والمؤنة والكسوة فإنه لا يخبر به في الثمن، وإن أخبر بالحال فحسن».

(٧) ولا يجب حيث كان بعد لزوم البيع ولا يلتحق بالعقد.

---

[١] ساقط من/ م، ف.

[٢] ساقط من جميع النسخ والمطبوع، ما عدا/ ز.

[٣] في/ ف بلفظ: (تنصفته).

السَّابِعُ: خِيارٌ لاخْتِلافِ الْمُتَبَايعينِ، فَإِذَا اختلفا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ

ولا يلزم الإخبار بأخذ نماء واستخدام ووطء إن لم ينقصه[(١)]، وإن اشترى شيئًا بعشرة مثلاً وعمل فيه صنعة أو دفع أجرة كيله أو مخزنه أخبر بالحال، ولايجوز أن يجمع ذلك ويقول: تحصل [علي][١] بكذا[(٢)]، وما باعه اثنان مرابحة فثمنه[٢] بحسب ملكيهما لا على رأس ماليهما[(٣)].

(**السابع**) من أقسام الخيار: (**خيار**) يثبت (**لاختلاف المتبايعين**) في الجملة[(٤)] (**فإذا اختلفا**) هما أو ورثتهما أو أحدهما أو ورثة الآخر (**في قدر الثمن**)[(٥)] بأن قال بائع: بعتكه بمائة، وقال مشتر: بثمانين ولا بينة

---

(١) في كشاف القناع ٣/ ٢٣٤: «ولا يخبر إذا باع بتخبير الثمن بأخذ نماء كصوف ولبن غير موجودين حال الشراء، ولا باستخدام وطء ثيب إن لم ينقصه أي ينقص الوطء المبيع كوطء البكر فيجب الإخبار به كما وطئها غيره وأخذ الأرش».

(٢) لأنه كذب وتغرير للمشتري. (كشاف القناع ٣/ ٢٣٥).

(٣) في كشاف القناع ٣/ ٢٣٥: «ولو اشترى اثنان ثوبًا بعشرين، ثم بُذل فيه اثنان وعشرون، فاشترى أحدهما نصيب صاحبه بذلك السعر المبذول أخبر في المرابحة ونحوها بواحد وعشرين عشرة ثمن نصيب الأول، وأحد عشر ثمن نصيب صاحبه، لا باثنين وعشرين، لأنه كذب».

(٤) أي في بعض الصور، لا بالجملة، فهناك بياعات لا يقع فيها. (حاشية ابن قاسم ٤/ ٤٦٥).

(٥) لهذه المسألة حالتان:

الأولى: أن يختلفا في قدر الثمن، والسلعة قائمة.

فالمذهب وبه قال أبو حنيفة والشافعي، ورواية عن مالك: أنهما يتحالفان، فإذا تحالفا فسخ البيع؛ لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن =

---

[١] ساقط من/ ف.

[٢] في/ ف بلفظ: (فقيمته).

. . . .

. . . .

= النبي ﷺ قال: «**لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه**» متفق عليه.

وكل منهما مدع ومدعى عليه، فالبائع يدعي الثمن الأكثر، والمشتري ينكره، والمشتري يدعي السعر الأقل، والبائع ينكره.

ونوقش هذا الاستدلال: بتخصيصه بحديث ابن مسعود الآتي.

والقول الثاني: أن القول قول البائع، فإن رضيه المشتري أو ترادا البيع.

وبه قال الشعبي وهو رواية عن الإمام أحمد؛ لحديث ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول به رب السلعة أو يتتاركان**»، رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه، وصححه الحاكم في المستدرك ٢/ ٤٥، وحسنه البيهقي كما في التلخيص ٣/ ٣١، وفي نصب الراية ٤/ ١٠٧: «وقال صاحب التنقيح: والذي يظهر أن حديث ابن مسعود بمجموع طرقه له أصل بل هو حديث حسن يحتج به»، وصححه أحمد شاكر في تحقيق المسند ٦/ ٢٠٤.

والقول الثالث: أن القول قول المشتري، وهو رواية عن أحمد، وبه قال داود؛ لأن البائع يدعي ثمناً زائداً، والمشتري ينكر الزيادة، والقول قول المنكر.

ونوقش: بأنه تعليل مقابل للحديث.

وعلى هذا فالراجح: أن القول قول البائع؛ لحديث ابن مسعود رضي الله عنه.

(المبسوط ١٣/ ٢٩، والإشراف ١/ ٢٨٤، ومواهب الجليل ٦/ ٤٦٨، ومغني المحتاج ٢/ ٩٤، والمغني ٢٧٩، والفروع ٤/ ١٢٥، وتهذيب السنن لابن القيم ٥/ ١٦٢، والإنصاف ٤/ ٤٤٦).

. . . .

تَحَالَفَا، فَيَحْلِفُ بَائِعٌ أَوَّلاً: مَا بِعْتُهُ بِكَذَا، وإِنَّمَا بِعْتُهُ بِكَذَا، ثُمَّ يَحْلِفُ الْمُشْتَرِي مَا اشْتَرَيْتُهُ بِكَذَا، وإِنَّمَا اشْتَرَيْتُهُ بِكَذَا.

وَلِكُلٍّ الفَسْخُ إِذَا لَمْ يَرْضَ أَحَدُهُمَا يَقُولُ الآخَرُ فَإِنْ كَانت السِلْعَةُ

لهما(١) أو تعارضت بينتاهما (**تحالفا**)(٢) ولو كانت السلعة تالفة(٣)، (**فيحلف بائع أولاً: ما بعته بكذا، وإنما بعته بكذا**(٤)، **ثم يحلف المشتري ما اشتريته بكذا وإنما اشتريته بكذا**) وإنما بدأ بالنفي؛ لأنه الأصل في اليمين(٥).

(**ولكل**) من المتبايعين بعد التحالف (**الفسخ إذا لم يرض أحدهما بقول الآخر**)(٦) وكذا إجارة[1] (٧)، وإن رضي أحدهما بقول الآخر(٨)، أو حلف أحدهما ونكل(٩) الآخر أقر العقد، (**فإن كانت السلعة**)(١٠) التي

---

(١) أي لا بينة للمتبايعين، ولا ورثتهما.
(٢) لتعارض البينتين وتساقطهما، فيصيران كمن بينة لهما.
(٣) فالمذهب: لا فرق بين أن تكون السلعة تالفة، أو موجودة، ويأتي.
(٤) لقوة جانبه؛ لأن المبيع يرد إليه، ولابد أيضًا: أن يجمع بين النفي والإثبات.
(٥) وإن قدم الإثبات عليه لم يعتد به، ويحلف وارث على البت إن علم الثمن، وإلا على نفي العلم.
(٦) ولو بلا حاكم أشبه رد المبيع.
(٧) أي وكبيع فيما تقدم الإجارة؛ لأنها بيع منافع إذا اختلفا في قدر الأجرة، فيحلف مؤجر أولاً، ويجمع بين النفي والإثبات، ثم مستأجر...
(٨) أقر العقد؛ لكونه حصل له ما ادعاه فلا خيار له.
(٩) لأن النكول كإقامة البينة على من نكل.
(١٠) هذه الحالة الثانية، وهي ما إذا كانت السلعة التي اختلف في قدر ثمنها تالفة.

=

---

[1] في/ س بلفظ: (إجازه).

. . . .

. . . .

= فالمذهب: أنهما يتحالفان، فإذا تحالفا رجع إلى قيمة مثلها، وهو رواية عن مالك، وهو مذهب الشافعية؛ لحديث ابن مسعود رضي الله عنهما مرفوعًا: «**إذا اختلف المتبايعان استحلف البائع، ثم المشتري بالخيار**»، رواه النسائي.

ونوقش: بأنه ليس فيه إلا استحلاف البائع.

واستدلوا أيضًا بحديث ابن مسعود مرفوعًا: «**إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا**».

ونوقش: بعدم ثبوته بلفظ: «**تحالفا**»، وقال الإمام أحمد: «لم يقل فيه»: «والمبيع قائم»، إلا يزيد بن هارون وقد أخطأ. (المغني ٦/ ٢٨٢).

ولأن كل واحد منهما مدع ومنكر فيشرع اليمين كحال قيام السلعة.

والقول الثاني: أن القول قول المشتري، وبه قال أبو حنيفة، ورواية عن مالك وأحمد.

واستدلوا: بحديث ابن مسعود مرفوعًا بلفظ: «**إذا اختلف المتبايعان، فالقول قول البائع، فإذا استهلك فالقول ما قال المشتري**»، رواه الدارقطني.

ونوقش: بأنه ضعيف، إذ في إسناده الحسن بن عمارة، وفي التقريب ١/ ١٦٩: «متروك».

ولأن العين بعد قبضها وهلاكها مضمونة على من تلفت بيده وهو المشتري فيكون القول قوله كالغاصب إذا تلفت العين بيده. (الإشراف ١/ ٢٨٥).

(البناية شرح الهداية ٧/ ٤٤٧، والتاج والإكليل ٦/ ٤٦٩، ونهاية المحتاج ٤/ ١٥٦، والمغني ٦/ ٢٨٢، والفروع ٤/ ١٢٥، والإنصاف ٤/ ٤٤٨).

. . . .

تَالِفَةٌ رجَعَا إلىٰ قِيـمَةِ مِثْلِهَا، فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي صِفَتِهَا فَقَوْلُ مُشْتَرٍ، وَإِذَا فَسَخَ العَقْدَ انْفَسَخَ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا،

فسخ البيع فيها بعد التحالف (**تالفة رجعا إلى قيمة مثلها**)(١)، ويقبل قول المشتري فيها لأنه غارم وفي قدر المبيع(٢)، (**فإن اختلفا في صفتها**) أي صفة السلعة التالفة بأن قال البائع: كان العبد كاتبًا وأنكره المشتري(٣) (**فقول مشتر**)(٤)؛ لأنه غارم.

وإذا تحالفا في الإجارة وفسخت بعد فراغ المدة فأجرة المثل(٥)، وفي أثنائها بالقسط.

(**وإذا فسخ العقد**) بعد التحالف (**انفسخ ظاهرًا وباطنًا**[١]) في حق

---

(١) وهذا هو المذهب.

والقول الثاني: يرجع إلى المثل، فإن لم يكن له مثل رجع إلى قيمته؛ لأن الأصل رد العين، فإن تعذرت فمثلها؛ لأن ذلك أقرب إلى العدل من رد القيمة. (المصادر السابقة).

(٢) كأن قال البائع بعتك هذين العبدين بثمن واحد، فقال: بل أحدهما. (كشاف القناع ٣/ ٢٣٧).

(٣) ولا بينة لهما، أو لهما بينة، وتعارضتا.

(٤) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وقيل: القول قول البائع في ذلك. (الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ٤٧١).

(٥) أي أجرة مثل العين المؤجر مدة الإجارة.

---

[١] في/ ف، م، ش بلفظ: (أو باطنًا).

وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي أَجَلٍ، أَوْ شَرْطٍ

كل منهما كالرد بالعيب[١] (**وإن اختلفا في أجل**) بأن يقول المشتري: اشتريته بكذا مؤجلاً وأنكره البائع[٢] (أو) اختلفا في (**شرط**) صحيح أو

---

(١) إذا فسخ العقد، انفسخ ظاهراً أي في أحكام الدنيا، لكن هل ينفسخ في الباطن؟ أي في أحكام الآخرة.

فالمذهب، ومذهب المالكية: أنه ينفسخ ظاهراً وباطنًا في حق كل منهما؛ لما علل به المؤلف.

ونوقش: بعدم صحة القياس؛ لأن الفسخ بالعيب لاستدراك الضرر، والكاذب هنا مضار فكيف يقال بفسخ العقد في حقه باطنًا؟

والقول الثاني: أن العقد ينفسخ ظاهراً وباطنًا في حق الصادق منهما فقط، وأما الكاذب فينفسخ في حقه ظاهراً لا باطنًا، وهذا قول لكل من المالكية والشافعية والحنابلة. (المصادر السابقة).

وعللوا: بأن الكاذب لا يحل له الفسخ لكذبه وظلمه، فلم يثبت حكمه بالنسبة إليه ولا يبرأ باطنًا فيما بينه وبين الله عز وجل، ويبرأ ظاهراً؛ لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف. (انظر: المغني ٦/ ٢٨٢).

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية؛ لما علل به المؤلف.

وعند الشافعية: أنهما يتحالفان؛ لأنهما اختلفا في صفة العقد فوجب تحالفهما كالاختلاف في صفة الثمن.

ونوقش: بأن التحالف في صفة الثمن غير مسلم كما تقدم.

وعند المالكية: يتحالفان إن كانت السلعة قائمة، وإن فاتت فقول البائع، وقيل: يعتبر قول من تشهد له القرينة والعرف.

ودليلهم على التحالف إذا كانت السلعة قائمة: حديث ابن مسعود مرفوعًا بلفظ: «**إذا اختلف البيعان والسلعة قائمة تحالفا**».

ونوقش: بعدم ثبوته بهذا اللفظ. =

. . . .

فَقَوْلُ مَنْ يَنْفِيهِ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي عَيْنِ المَبِيعِ تَحَالَفَا وَبَطُلَ البَيعُ

فاسد[١] كرهن أو ضمين أو قدرهما (**فقول من ينفيه**)[٢] بيمينه لأن الأصل عدمه، (**وإن اختلفا في عين المبيع**) كبعتني هذا العبد، قال: بل هذه الجارية (**تحالفا وبطل**) أي فسخ (**البيع**)[٣] كما لو اختلفا في الثمن.

وعنه: القول قول بائع بيمينه؛ لأنه كالغارم وهي المذهب[٤]، وجزم بها

= والدليل على اعتبار قول من تشهد له القرينة والعرف: دلالة الحال على صدقه.

(المبسوط ١٣/ ٣٥، ومواهب الجليل ٦/ ٤٩٦، وحاشية العدوي على الخرشي ٥/ ١٩٦، وروضة الطالبين ٣/ ٥٧٥، والمبدع ٤/ ١١٣).

والأقرب: الأخذ بعموم حديث ابن مسعود: «**إذا اختلف البيعان ولا بينة لهما فالقول قول البائع أو يترادان**»، وفي لفظ: «**استحلف البائع ثم المشتري بالخيار**»، لكن إن كان هناك قرينة أو عرف مطرد يدل على صحة دعوى المشتري قدم.

(١) كما لو شرط أن لا يخسر.

(٢) اختلف العلماء: فيما إذا اختلف البيعان في اشتراط الخيار.

فالمذهب، وهو قول الحنفية والمالكية: أن القول قول من ينفيه.

وعند الشافعية: أنهما يتحالفان، ثم يفسخ البيع. (المصادر السابقة).

والأدلة: كما تقدم في المسألة السابقة، والترجيح كالاختلاف في الأجل.

(٣) فيحلف مشتر، ثم بائع، وهو رواية عن الإمام أحمد، وهو قول المالكية والشافعية: قياسًا على الاختلاف في الثمن، وتقدم.

(٤) فالمذهب وهو قول عند الحنفية: أن القول قول البائع؛ لما علل به المؤلف. (المصادر السابقة)، والترجيح كالترجيح في المسألة السابقة.

. . . .

. . . .

في «الإقناع»[١] و«المنتهى»[٢] وغيرهما[٣]، وكذا لو اختلفا في قدر المبيع[٤]، وإن سميا نقدًا واختلفا في صفته أخذ نقد البلد، ثم

(١) الإقناع ٢/ ١٠٨.
(٢) ١/ ٣٧٠.
(٣) المبدع ٤/ ١١٣.
(٤) كما لو قال: بعتك كتابًا، فقال المشتري: بل كتابين، ولهذه المسألة حالتان:
الأولى: أن يكون المبيع قائمًا، فالمذهب: أن القول قول البائع.
وعند جمهور أهل العلم: أنهما يتحالفان، ثم يفسخ البيع إذا لم يرض أحدهما بقول الآخر. (المصادر السابقة).
ودليل المذهب: ما تقدم من حديث ابن مسعود، ولأن البائع منكر للبيع في الثاني، والأصل عدمه فكان القول قوله مع يمينه. (الكافي ٢/ ١٠٤).
ودليل الجمهور: أنهما يتحالفان قياسًا على الاختلاف في قدر الثمن. (المغني ٦/ ٢٨٤).
ولأن كلاً منهما مدع ومدعى عليه، وقد قال النبي ﷺ: «**واليمين على المدعى عليه**»، فيحلف كل منهما. (مغني المحتاج ٢/ ٩٥).
والترجيح: في هذه المسألة كالتي قبلها.
الثانية: أن يكون المبيع تالفًا، فالمذهب: أن القول قول البائع، ودليلهم: ما تقدم في الحالة الأولى.
وعند أبي حنيفة: أن القول قول المشتري؛ لما جاء في حديث ابن مسعود: «**والمبيع قائم بعينه**»، فدل الحديث أن القول قول البائع إذا كان المبيع قائمًا، وعليه فإذا كان تالفًا فالقول قول المشتري، لكن تقدم أن قوله: «والمبيع قائم بعينه» لا يثبت.
وعند المالكية: أن القول قول من تدل له القرينة؛ لدلالة الحال على =

. . . .

وَإِنْ أَبَىٰ كُلٌّ مِنْهُمَا تَسْلِيمَ مَا بِيَدِهِ حَتَّىٰ قَبْضَ العِوَضَ، وَالثَّمَنُ عَيْنٌ، نُصِّبَ عَدْلٌ يَقْبِضُ مِنْهُمَا وَيُسلمُ المَبِيعَ، ثُمَّ الثَّمَنُ

غالبه[1] رواجًا[2]، ثم الوسط إن استوت[3]، (**وإن أبى كل منهما تسليم ما بيده**) من المبيع والثمن (**حتى قبض العوض**) بأن قال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن، وقال المشتري: لا أسلم الثمن حتى أستلم المبيع[4].

(**والثمن عين**) أي معين[5] (**نصب عدل**) أي نصبه الحاكم (**يقبض منهما**) المبيع والثمن (**ويسلم المبيع**) للمشتري (**ثم الثمن**) للبائع لجريان عادة الناس بذلك[6].

= صدقه، واليمين تشرع في جانب أقوى المتداعيين، وإلا تحالفا؛ لأن كلاً منهما مدع ومدعى عليه.

وعند الشافعية: أنهما يتحالفان، ودليلهم: ما تقدم في الحالة الأولى.

(العناية شرح الهداية ٨/ ٢١٣، والذخيرة ٥/ ٣٢٣، وحاشية الدسوقي ٣/ ١٨٨، وروضة الطالبين ٣/ ٥٧٥، والإنصاف ٤/ ٤٥٦).

والترجيح: كما سبق في المسائل المتقدمة، والله أعلم.

(١) فإذا ادعاه أحدهما قضى له به عملاً بالقرينة، مع يمينه.

(٢) أي نفاقًا؛ لأن الظاهر وقوع العقد به مع يمينه.

(٣) مع يمينه؛ لأن العدول عنه ميل على أحدهما.

(٤) خشية أن يذهب البائع بالمبيع، والمشتري بالثمن.

(٥) من نقد أو عرض، كهذه العشرة الدراهم، أو هذا الثوب.

(٦) إذا اختلف المتبايعان في البداءة في تسليم الثمن والمثمن فلذلك أحوال:

الحال الأولى: أن يكون الثمن عينًا أي معينًا كهذه الدراهم.

فالمذهب: ينصب عدل يقبض منهما فيسلم المبيع للمشتري، ثم الثمن =

وإِنْ كَانَ دَيْنًا حَالاً أُجْبِرَ بَائِعٌ، ثُمَّ مُشْتَرٍ إِنْ كَانَ الثَّمَنُ فِي المَجْلِسِ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا فِي البَلَدِ

(**وإن كان**) الثمن (**دينًا حالاً أجبر بائع**) على تسليم المبيع لتعلق حق المشتري بعينه (**ثم**) أجبر (**مشتر إن كان الثمن في المجلس**)؛ لوجوب دفعه عليه فوراً لتمكنه منه، (**وإن كان**) دينًا[1] (**غائبًا في البلد**) أو فيما دون

= للبائع، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأنهما تساويا، فالثمن المعين كالمبيع في تعلق الحق بالعين، فحق البائع تعلق بعين الثمن، كما تعلق حق المشتري بعين المبيع.

وفي قول لكل من المالكية والشافعية، ورواية عن الإمام أحمد: يجبر البائع على التسليم أولاً، ثم المشتري؛ لأن الذي يتعلق به استقرار المبيع وتمامه هو المبيع فوجب تقديمه، وإجبار المشتري على تسليمه.

(العناية شرح الهداية ٦/ ٢٩٧، وحاشية الدسوقي ٣/ ١٤٧، وروضة الطالبين ٣/ ٥٢٢، والمغني ٦/ ٢٨٧، والإنصاف ٤/٤٥٨، وشرح المنتهى ٢/ ١٨٧).

والأقرب: القول الثاني فيجبر البائع أولاً لجريان العادة بذلك، ولا حاجة إلى نصب عدل، وللبائع حبس المبيع خوفًا من تعذر قبض ثمنه. ولو أعطاه المشتري بالثمن رهنًا أو ضمينًا لم يلزمه تسليم المبيع. (انظر: إعلام الموقعين ٤/ ٣٢).

(١) الحال الثانية: أن يكون الثمن دينًا في الذمة، كما لو باعه بدراهم غير معينة، أو بكتاب صفته كذا وكذا.

فالمذهب ومذهب الشافعية: أن البائع يجبر أولاً على تسليم السلعة؛ لما علل به المؤلف، فإن كان المشتري موسراً والثمن معه أجبر على تسليمه، وإن كان الثمن غائبًا في بيته أو بلده حجر على المشتري في المبيع وسائر أمواله حتى يسلم الثمن خوفًا من أن يتصرف في ماله تصرفًا يضر بالبائع، وإن كان غائبًا عن البلد مسافة قصر فالبائع مخير بين الصبر أو فسخ العقد؛ لأنه قد تعذر عليه الثمن فهو كالمفلس.

حُجرَ عَليـهِ فِي المَبيعِ وَبَقِيةِ مَالِه حَتَّىٰ يُحْضِرَهُ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا بَعِيدًا عَنْهَا، وَالمُشْتَرِي مُعْسِرٌ فَلِلبَائِعِ الفَسْخُ.

مسافة القصر (**حجر عليه**) أي على المشتري (**في المبيع وبقية ماله حتى يحضره**)؛ خوفًا من أن يتصرف في ماله تصرفًا يضر بالبائع، (**وإن كان**) المال (**غائبًا بعيدًا**) مسافة القصر أو غيّبه بمسافة القصر[1] (**عنها**) أي عن البلد (**والمشتري معسر**)[2] يعني أو ظهر أن المشتري معسر (**فللبائع الفسخ**)

= وإن كان دون مسافة قصر ففيه وجهان: الخيار بين الفسخ وعدمه.

والوجه الثاني: عدم الخيار؛ لأن ما دون مسافة القصر بمنزلة الحاضر.

والقول الثاني: أنه لا يجبر البائع على تسليم السلعة حتى يحضر المشتري الثمن، ويتمكن من تسليمه، وبه قال أبو الخطاب وابن قدامة؛ لأن البائع رضي ببذل المبيع بالثمن فلا يلزمه دفعه قبل حصول عوضه.

والقول الثالث: أنه يجبر المشتري أولاً، وهو قول الحنفية والمالكية؛ لأن في إجبار المشتري بالتسليم أولاً تحقيقًا للمساواة بين المتعاقدين؛ لأن المبيع يتعين بالتعيين، والثمن لا يتعين إلا بالقبض. (المصادر السابقة).

ونوقش: بعدم التسليم بأن الثمن لا يتعين إلا بالقبض.

والأقرب: ما اختاره أبو الخطاب وابن قدامة، واختار شيخ الإسلام؛ لقوة ما عللوا به.

(١) فلبائع الفسخ، وكذا لو كان بعض المال غائبًا عنها مسافة قصر فأكثر، فلبائع الفسخ، على المذهب.

(٢) الحال الثالثة: أن يظهر أن المشتري معسر فللبائع الفسخ في الحال، والرجوع في المبيع؛ لما علل به المؤلف. (المغني ٦/ ٢٨٧، ومغني المحتاج ٢/ ٧٥).

وقوله: «والمشتري معسر»، ظاهر المتن: أنها جملة حالية، ولذا حرفها الشارح، وجعل الواو بمعنى «أو»؛ لأنه المراد عند الأصحاب، أي لا يقدر على الوفاء سواء كان معسرًا به كله أو بعضه.

. . . .

وَيَثْبُتُ الخِيارُ لِلْخَلَفِ فِي الصِّفَةِ ولتَغيُرِ مَا تَقَدَمَتْ رُؤيَتُهُ.

لتعذر الثمن عليه(١) كما لو كان المشتري مفلسًا(٢) وكذا مؤجر بنقد حال(٣).

(**ويثبت الخيار للخلف في الصفة**)(٤) إذا باعه شيئًا موصوفًا (**ولتغير**[١] **ما تقدمت رؤيته**)(٥) العقد، وبذلك تمت أقسام الخيار ثمانية(٦).

---

(١) أي على البائع مع الإعسار، أو المطل، أو بعد المال عن البلد، ونحو ذلك.

(٢) وباعه جاهلاً بالحجر عليه، فله الفسخ والرجوع بعين ماله، ويأتي في الحجر.

(٣) أي وكبائع فيما ذكر مؤجر بنقد حال.

(٤) وهو الثامن من أقسام الخيار، كما لو ادعى المشتري أنه اشترى الكتاب وفيه صفة كذا وكذا، فأنكر البائع، فجمهور أهل العلم: أن القول قول المنكر؛ لأن الأصل عدم الاشتراط فيكون القول قول من ينفيه كأصل العقد.

وعند الشافعية: أنهما يتحالفان، قياسًا على الاختلاف في الثمن.

ونوقش: بأن إثبات التحالف عند الاختلاف في الثمن غير مسلم كما تقدم.

(حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٦، وشرح ميارة على تحفة الأحكام ٢/ ٢٦، وروضة الطالبين ٣/ ٥٧٩، والمغني ٦/ ٢٨٥، والكافي ٢/ ١٠٥).

(٥) إذا اشترى شخص شيئًا بناء على رؤية متقدمة، فقال المشتري وجدته متغيراً عما كان عليه، وقال البائع: لم يتغير.

فالمذهب، ومذهب الشافعية: أن القول قول المشتري؛ لأن الأصل براءة ذمته من الثمن، فلا يلزمه ما لم يعترف به.

وعند الحنفية والمالكية: أن القول قول البائع؛ لأن الأصل عدم التغير واستمرار العقد. (العناية ٦/ ٣٥٢، ومواهب الجليل ٦/ ١٢٠، وروضة الطالبين ٣/ ٣٧٠، والمبدع ٤/ ٢٧، والإنصاف ٤/ ٢٩٨).

(٦) في حاشية العنقري ٢/ ١٠٠: «قال مرعي: ويتجه: أن يزاد التاسع: خيار يثبت لفقد شرط صحيح، أو فاسد على ما مر، والعاشر: لفوات غرض من ظن دخول ما لم يدخل في شراء أو عدمه في بيع، والحادي عشر: لظهور عسر مشتر، ولو ببعض الثمن هرب أو لا، أو غيب ماله ببعيد».

---

[١] في/ ف بلفظ: (ولغير)، وفي/ هـ بلفظ: (التعير).

فصل

وَمَنْ اشْتَرَىٰ مَكِيلاً وَنَحْوَهُ صَحَ، وَلَزِمَ بِالعَقْدِ وَلَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ حَتَّىٰ يقْبِضَهُ.

فصل

في التصرف في المبيع قبل قبضه وما يحصل به قبضه[١]

(**ومن اشترى مكيلاً ونحوه**) وهو الموزون والمعدود والمذروع (**صح**) البيع (**ولزم بالعقد**) حيث لا خيار[٢] (**ولم يصح تصرفه فيه**) ببيع أو هبة أو إجارة أو رهن أو حوالة (**حتى يقبضه**)[٣]؛ لقوله عليه السلام:

---

(١) أي قبض المبيع من عد أو ذرع، ونحو ذلك، وحكم الإقالة، وغير ذلك.

(٢) لهما، أو لأحدهما إلى أجل، ولا خيار مجلس سواء احتاج لحق توفية أو لا.

(٣) فالمذهب: أن ما بيع بتقدير، وهو ما بيع بكيل أو وزن، أو عد، أو ذرع، وكذا ما بيع برؤية متقدمة، أو بوصف، لا يصح بيعه إلا بعد قبضه، وما بيع بغير تقدير يصح بيعه قبل قبضه؛ لما استدل به المؤلف؛ إذ الحديث وارد في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، والطعام يومئذ مستعمل غالبًا فيما يكال ويوزن، وقيس عليهما المعدود والمذروع لاحتياجهما إلى التوفية.

وعند الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد: أنه لا يصح بيع المبيع قبل =

. . . .

. . . .

= قبضه مطلقًا؛ لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**من ابتاع طعامًا، فلا يبعه حتى يقبضه**».

قال ابن عباس: «ولا أحسب كل شيء إلا مثله» متفق عليه؛ ولحديث عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك**» رواه أبو داود والترمذي وصححه، والنسائي.

ولحديث زيد بن ثابت رضي الله عنه أن النبي ﷺ «**نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم**» رواه أبو داود، وصححه ابن حبان.

وعند الحنفية: لا يصح بيع المنقول قبل قبضه، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يصح بيع العقار قبل قبضه استحسانًا؛ لعمومات حل البيع من تخصيص.

وعند المالكية: لا يجوز بيع الطعام مطلقًا قبل قبضه، أما غيره فيجوز بيعه قبل قبضه؛ لحديث ابن عباس المتقدم، ولغلبة تغير الطعام دون سواه، لكن بشرطين:

١ ـ أن يكون الطعام مأخوذًا بطريق المعاوضة كالبيع والصداق دون الهبة والميراث.

٢ ـ أن تكون المعاوضة بالكيل، أو الوزن، أو العد، فإن اشتراه جزافًا جاز بيعه قبل قبضه.

(المبسوط ١٣/ ٨، وبدائع الصنائع ٥/ ٢٣٤، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/ ١٥١، والقوانين ص ١٧٠، وحاشية القليوبي ٢/ ٢١٢، وتحفة المحتاج ٤/ ٤٠١، والشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ٤٩٣، ومجموع=

. . . .

. . . .

«[من][1] **ابتاع طعامًا فلا يبيعه حتى يستوفيه**» متفق عليه(١).

ويصح عتقه(٢) وجعله مهرًا أو عوض خلع(٣) ووصية به(٤)(٥).

= الفتاوى ٢٩/ ٥١٣، ٥٠٦، ٥٠٩، ٥١٩، ٤٠٥).

وانظر أيضًا: تهذيب السنن ٥/ ١٣٠ - ١٣٧، وإعلام الموقعين ١/ ٢١٠، و٣/ ١٦١، وبدائع الفوائد ٤/ ٥٦).

والأقرب: ما ذهب إليه الشافعية؛ للعمومات، وهو اختيار شيخ الإسلام وابن القيم، إلا أنه استثنى مسألتين يجوز فيهما البيع قبل القبض: إذا باعه على بائعه، وإذا باعه تولية أو شركة. (الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ٤٩٩).

(١) أخرجه البخاري ٣/ ٢١، ٢٢، ٢٣ - البيوع - باب ما ذكر في الأسواق، وباب الكيل على البائع، وباب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، وباب بيع الطعام قبل أن يقبض، مسلم ٣/ ١١٦٠ - ١١٦١ - البيوع - ح ٣٢، ٣٤، ٣٥، ٣٦ - من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٢) لقوة سرايته، ونقله شيخ الإسلام إجماعًا. (المصدر السابق).

(٣) لاغتفار الغرر اليسير في عوض الخلع، والصداق. (المصدر السابق).

(٤) لأن الوصية ملحقة بالإرث، وتصح بالمعدوم، وكذا الحل ما ملك بعقد سوى البيع.

(٥) وهذا هو المذهب.

وعند شيخ الإسلام: الذي لا يجوز قبل القبض هو البيع فقط، دون سائر التصرفات، إذ النهي وارد على البيع. (المصدر السابق).

---

[١] ساقط من / ف.

. . . .

وإن اشترى المكيل ونحوه جزافًا صح التصرف فيه قبل قبضه لقول ابن عمر رضي الله عنهما: مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيًا[١] مجموعًا فهو من مال المشتري(١)(٢).

---

(١) ومن الأدلة على ذلك: ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال: «أتيت النبي ﷺ، فقلت: إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، فقال: لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ما لم تفرقا وبينكما شيء»، رواه أبو داود، وفي التلخيص ٣/ ٢٦: نقل البيهقي عن شعبة أنه حكم عليه بالوقف.

قال ابن القيم في تهذيب السنن ٥/ ١٣٦: «وقد ذكر للمنع من بيع ما لم يقبض علتان:

إحداهما: ضعف الملك؛ لأنه لو تلف انفسخ البيع.

الثاني: أن صحته تفضي إلى توالي الضمانين، فإنا لو صححناه كان مضمونًا للمشتري الأول على البائع الأول، والمشتري الثاني على البائع الثاني. . .

فالمأخذ الصحيح في المسألة: أن النهي معلل بعدم تمام الاستيلاء، وعدم انقطاع علاقة البائع عنه، فإنه يطمع في الفسخ والامتناع من الإقباض إذا رأى المشتري قد ربح فيه ويغره الربح، وربما أفضى إلى التحيّل على الفسخ ولو ظلمًا، وإلى الخصام والمعاداة» اهـ.

وانظر: إعلام الموقعين ٣/ ١٦١، و١/ ٢١٠، وبدائع الفوائد ٤/ ٥٦، وما اختاره ابن القيم هو اختيار شيخ الإسلام.

(٢) لم أجده مرفوعًا، وقد وجدته موقوفًا على ابن عمر أخرجه البخاري تعليقًا ٣/ ٢٣ ـ البيوع ـ باب إذا اشترى متاعًا أو دابة فوضعه عند البائع أو فات قبل أن يقبض، الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ١٦ ـ البيوع ـ باب خيار =

---

[١] في/ س بلفظ: (جاء).

وَإِنْ تَلِفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَمِنْ ضَمَانِ البَائِعِ، وَإِنْ تَلِفَ بِآفَةٍ سَمَاوِيةٍ بَطُلَ البَيْعُ.

(وإن تلف) المبيع بكيل ونحوه[1] أو بعضه (قبل قبضه فمن ضمان البائع) وكذا لو تعيب قبل قبضه، (وإن تلف) المبيع المذكور (بآفة سماوية) لا صنع لآدمي فيها (بطل) أي انفسخ (البيع)[2]، وإن بقي البعض خُيِّر المشتري في أخذه بقسطه من الثمن[3].

= البيعين حتى يتفرقا، الدارقطني ٣/ ٥٤ ـ البيوع ـ ح ٢١٥، وهو صحيح من قول عبد الله بن عمر، وقد رواه البخاري بصيغة الجزم، وهو حكم منه بصحته عن المضاف إليه، كما أشار إلى صحته ابن حزم في المحلى ٨/ ٣٦٤ـ ٣٦٥.

(١) كالموزون، والمعدود، والمذروع.

(٢) إذا تلف المبيع ـ الذي يضمن بالتلف قبل القبض كما سيأتي ـ بفعل البائع أو بآفة سماوية كان من ضمان البائع فيبطل البيع ويسقط حق البائع في الثمن، وإن تلف بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع ومطالبة البائع بالثمن، وبين الإمضاء ومطالبة المتلف.

كما أن المشتري إذا أتلفه، فإتلافه قبض وعليه الثمن، وهذا مما لا خلاف بين العلماء في هذه المسائل. (بدائع الصنائع ٥/ ٢٣٨، وبداية المجتهد ٢/ ١٤٤، وروضة الطالبين ٣/ ٤٩٩، والمغني ٦/ ١٨١).

كما أنه لا خلاف بين العلماء أن المبيع إذا قبضه المشتري ثم هلك بعد ذلك أنه من ضمان المشتري؛ لأن البيع تقرر بقبض المبيع فتقرر الثمن.

(٣) أي قسط ما بقي من المبيع، وكذا لو تعيب عند البائع، أو رده لتفريق الصفقة عليه.

وَإِنْ أَتْلَفَهُ آدَمِيٌّ خُيِّرَ مشترٍ بَيْنَ فَسْخٍ وَإِمْضَاءٍ، وَمُطَالَبَةِ مُتْلِفِهِ بِبَدَلِهِ

(**وإن أتلفه**) أي المبيع بكيل أو نحوه (**آدمي**) سواء كان هو البائع أو أجنبيًا (**خير مشتر بين فسخ**) البيع ويرجع على بائع بما أخذ من ثمنه[(١)] (و) بين (**إمضاء ومطالبة متلفه ببدله**) أي بمثله إن كان مثليًا أو قيمته إن كان متقومًا[(٢)]، وإن[1] لف بفعل مشتر فلا خيار له؛ لأن إتلافه كقبضه[(٣)(٤)]

---

(١) أي الذي دفعه للبائع؛ لأنه مضمون عليه إلى قبضه، وللبائع مطالبة متلفه ببدله؛ لأنه لما فسخ المشتري عاد الملك للبائع، فكان له الطلب على المتلف. (كشاف القناع ٣/ ٢٤٣).

(٢) فالمذهب، ومذهب الشافعية: أن المثلي هو: كل مكيل أو موزون، لا صناعة فيه مباحة، يصح السلم فيه، والقيمي: ما عدا ذلك.

وعند الحنفية: ما يوجد مثله في الأسواق بدون تفاوت يعتد به، كالمكيل والموزون، والعدديات المتقاربة، والقيمي: ما عدا ذلك.

(انظر: بدائع الصنائع ٧/ ١٥٠، وحاشية ابن عابدين ٤/ ١٧١، وحاشية الدسوقي ٣/ ٢١٥، ونهاية المحتاج ٥/ ١٥٩، ومغني المحتاج ٢/ ٢٨١، وشرح المنتهى ٢/ ٤١٩).

وفي القواعد والأصول الجامعة للسعدي ص ٦٥: «اختلف العلماء ما هي المثليات؟ فقيل: إنها المكيلات والموزونات فقط، والمتقومات ما عداها، وقيل: إن المثليات ما كان له مثل أو مشابه أو مقارن، وهو الصحيح؛ لأنه ﷺ استقرض بعيراً وقضى خيراً منه، ولأنه ضمن أم المؤمنين حين كسرت صحفة أم المؤمنين الأخرى، فأعطاها صحفتها الصحيحة، وقال: «**إناء بإناء، وطعام بطعام**» اهـ.

(٣) ولو كان غير عمد. (كشاف القناع ٣/ ٢٤٣).

(٤) المذهب، ومذهب المالكية: أن ما يكون من ضمان البائع قبل قبضه ما بيع بكيل أو وزن أو عد أو ذرع، والثمر على الشجر إذا بيع بعد بدو الصلاح، =

---

[١] في/ ش بزيادة لفظ: (يرجع).

وَمَا عَدَاهُ.

(وما عداه) أي عدا ما اشترى بكيل أو وزن أو عد أو ذرع كالعبد والدار[١]

= والحب المشتد وكذا ألحق الحنابلة ما بيع بوصف، أو رؤية سابقة فهذه إذا تلفت قبل قبضها من ضمان البائع، وكذا إذا منع البائع من القبض.

واستدلوا: بحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: «مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيًا مجموعًا، فهو من مال المشتري» وتقدم تخريجه قريبًا.

وبحديث ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعًا: «**لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن**»، رواه أبو داود والترمذي وصححه والنسائي.

والذي لم يضمن ما عقد عليه ولم يقبض مما يحتاج إلى قبض كالمكيل ونحوه.

ولأنه لم يتم قبضه لبقاء حق التوفية على البائع فلا ينتقل الضمان إلى المشتري إلا بعد توفية ما على البائع.

وعند الشافعية: كل مبيع لم يقبض فهو من ضمان بائعه إذا تلف؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه**» قال ابن عباس: «وأحسب كل شيء مثله» متفق عليه.

وعند الحنفية: كل مبيع لم يقبض من ضمان البائع إلا العقار؛ لأن ما عدا العقار معرض لانفساخ العقد بهلاك المعقود عليه فيحدث الغرر بذلك، وهو منتف في العقار حيث لا يتوهم فيه الهلاك.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٨٠، وشرح الخرشي ٥/ ١٥٧، والأم ٣/ ٦٩، والمجموع ٩/ ٢٥٢، والمغني ٦/ ٢٣، وقواعد ابن رجب ص ٧٤).

(١) أي العبد المعين، والدار المعينة، والأرض والثوب لم يذكر ذرعهما، وما بيع جزافًا؛ لأن التعيين كالقبض، وتقدم ذكر خلاف أهل العلم في هذه المسألة قريبًا.

. . . .

ويجُوزُ تَصَرُّفُ المُشْتَرِي فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ

(**يجوز تصرف المشتري فيه قبل قبضه**)[١] لقول ابن عمر: كنا نبيع الإبل بالبقيع بالدراهم فنأخذ عنها الدنانير وبالعكس، فسألنا رسول الله ﷺ فقال: «**لا بأس أن تؤخذ بسعر يومها ما لم يتفرقا وبينهما شيء**»[٢]، رواه الخمسة[٣]، إلا المبيع بصفة أو رؤية متقدمة؛ فلا يصح التصرف فيه قبل

---

(١) ببيع، وإجارة، ورهن، وعتق، وغير ذلك، وتقدم.

(٢) فاستدلوا بالحديث على جواز تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه.

وأجيب: بأن هذه الدراهم والدنانير ليست معينة، بل هي في الذمة، فهي من قبيل بيع الدين على من هو عليه، وهو صحيح بشرطه، ويأتي في آخر باب السلم.

(٣) جاء في بعض الروايات: «كنا نبيع الإبل بالنقيع»، والنقيع: موضع قرب المدينة حماه النبي ﷺ لخيله، مراصد الاطلاع ٣/ ١٣٨٧، وجاء في بعض الروايات: «بالبقيع» بالباء كما أورده المصنف، وعند البيهقي: «في بقيع الغرقد»، قال النووي: ولم تكن كثرت إذ ذاك فيه القبور، وقال ابن باطيش: لم أر من ضبطه والظاهر أنه بالنون، انظر: التلخيص الحبير ٣/ ٢٦.

والحديث أخرجه أبو داود ٣/ ٦٥٠ - ٦٥٢ - البيوع - باب في اقتضاء الذهب من الورق - ح ٣٣٥٤، ٣٣٥٥، الترمذي ٣/ ٣٣٥ - البيوع - باب ما جاء في الصرف - ح ١٢٤٢، النسائي ٧/ ٢٨١ - ٢٨٣ - البيوع - ح ٤٥٨٢، ٤٥٨٩، ابن ماجه ٢/ ٧٦٠ - التجارات - باب اقتضاء الذهب من الورق - ح ٢٢٦٢، الدارمي ٢/ ١٧٤ - البيوع - ح ٢٥٨٤، أحمد ٢/ ٨٣ - ٨٤، ١٨٩، الطيالسي في مسنده ص ٢٥٥ - ح ١٨٦٨، ابن الجارود في المنتقى ص ٢٢٠ - ح ٦٥٥، ابن حبان كما في الإحسان ٧/ ٢٠٨ - ح ٤٨٩٩، الطحاوي في =

وَإنْ تَلَفَ مَا عَدَا المَبيع بِكَيلٍ ونَحْوِهِ فَمِنْ ضَمَانِهِ

قبضه[١].

(وإن تلف ما عدا المبيع بكيل ونحوه فمن ضمانه)[٢] أي ضمان

= مشكل الآثار ٢/ ٩٥، الدارقطني ٣/ ٢٣-٢٤-البيوع-ح ٨١، الحاكم ٢/ ٤٤، البيهقي ٥/ ٢٨٤، ٣١٥-من طريق سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن عبد الله بن عمر مرفوعًا، وقد تفرد برواية الرفع سماك بن حرب، ورواه غيره موقوفًا، وسماك تغير بآخر عمره فصار يقبل التلقين، وعليه فلا يقبل حديثه إذا يتابع عليه.

قال البيهقي في السنن الكبرى ٥/ ٣٨٤: «تفرد برفعه سماك بن حرب عن سعيد بن جبير من بين أصحاب ابن عمر»، ونقل الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/ ٢٦ أن البيهقي روى من طريق أبي داود الطيالسي قال: سئل شعبة عن حديث سماك هذا، فقال شعبة: سمعت أيوب عن نافع عن ابن عمر ولم يرفعه، ونا قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر ولم يرفعه، ونا يحيى بن أبي إسحاق عن سالم عن ابن عمر ولم يرفعه، ورفعه لنا سماك ابن حرب وأنا أهابه.

وقال الترمذي في جامعه ٣/ ٣٣٥: «هذا حديث لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر، وروى داود بن أبي هند هذا الحديث عن سعيد بن جبير عن ابن عمر موقوفًا».

وصحح الحديث ابن حبان والحاكم وفيه نظر، وقد سبق إيضاحه.

(١) لأنه تعلق به حق توفية، فأشبه المبيع بكيل ونحوه، وتقدم في أول الفصل.

(٢) وتقدم قريبًا ذكر خلاف العلماء في ضمان المبيع إذا تلف قبل القبض عند قول المؤلف: «وما عدا ما اشترى بكيل أو وزن...».

مَا لَمْ يَمْنَعْهُ بائعٌ مِنْ قَبْضِهِ، وَيحْصُلُ قَبْضُ مَا بِيعَ بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ

المشتري لقوله عليه السلام: «**الخراج بالضمان**»(١)(٢)، وهذا المبيع للمشتري فضمانه عليه وهذا (**ما لم يمنعه بائع من قبضه**)(٣).

فإن منعه حتى تلف ضمنه ضمان غصب(٤)، والثمر على الشجر(٥) والمبيع بصفة أو رؤية سابقة من ضمان بائع(٦)، ومن تعين ملكه في موروث أو وصية أو غنيمة فله التصرف فيه قبل قبضه(٧).

(**ويحصل قبض ما بيع بكيل**) بالكيل[١] (**أو**) بيع بـ (**وزن**) بالوزن

---

(١) أي خراج المبيع، وهو غلته وفائدته لمن هو في ضمانه، فالباء متعلقة بمحذوف تقديره مستحق بالضمان، أي بسببه.
(٢) تقدم تخريجه ص ١٣٧.
(٣) ولو لقبض الثمن.
(٤) وهو أن يسلم المبيع للمشتري بنمائه المتصل والمنفصل.
(٥) حتى يجذه المشتري.
(٦) لأنه يتعلق به حق توفية، وتقدم قريبًا ما يدخل تحت ضمان البائع وما لا يدخل عند العلماء.
(٧) لعدم ضمانه بعقد معاوضة، فملكه عليه تام، لا يتوهم غرر الفسخ فيه، كوديعة، ومال شركة، وعارية. (كشاف القناع ٣/ ٢٤٥).
وكذا يصح التصرف بالثمر على الشجر، والحب المشتد، وما منع بائع من قبضه، وإن كان من ضمان البائع فبين ما يدخل في ضمانه ولا يصح تصرفه فيه عموم وخصوص، فكل ما لا يصح تصرفه فيه لا يدخل في ضمانه، وليس كل ما لا يدخل في ضمانه لايصح تصرفه فيه. (حاشية ابن قاسم ٤/ ٤٨٣).

---

[١] في/ ف بلفظ: (والكيل).

أَوْ عَدٌّ أَوْ ذَرْعٍ بِذَلِكَ

(أو) بيع بـ (عد) بالعد (أو) بيع بـ (ذرع بذلك) الذرع(١)، لحديث عثمان يرفعه: «**إذا بعت فكل وإذا ابتعت فاكتل**[١]» رواه الإمام(٢)، وشرطه[٢]

---

(١) فالمذهب: أن ما بيع بتقدير كالمكيل والموزون والمعدود والمذروع يحصل قبضه بذلك التقدير، ولا يشترط النقل؛ لما استدل به المؤلف.

وعند المالكية والشافعية: أنه لا يحصل قبضه إلا بذلك التقدير من الكيل أوالوزن أو العد أو الذرع مع النقل؛ لما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال: «كنا في زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه»، رواه مسلم.

وعند الحنفية: يحصل قبض ما بيع بتقدير كالمكيل. . . إلخ، بالتخلية قياسًا على العقار.

ونوقش: بأنه لا يمكن تمييزه من ملك البائع وتصرفه فيه إلا بعد معرفة قدره لاحتمال الزيادة والنقص فلا يكون قبضه إلا بذلك.

فالأقرب: قول المالكية والشافعية لدلالة السنة على ذلك.

(بدائع الصنائع ٥/ ٢٤٤، وقواعد العز ابن عبد السلام ٢/ ٧٢، ونهاية المحتاج ٤/ ٩٩، والمغني ٦/ ١٨٦، والمبدع ٤/ ١٢١، وكشاف القناع ٣/ ٢٤٦).

(٢) أخرجه الإمام أحمد في المسند ١/ ٦٢، ٧٥، البيهقي ٥/ ٣١٥ـ من طريق موسى بن وردان عن سعيد بن المسب عن عثمان، وفي الإسناد ابن لهيعة وهو سيئ الحفظ إلا أنه من قديم حديثه كما أشار إلى ذلك الحافظ في الفتح ٤/ ٣٤٥، وقال البيهقي في السنن الكبرى ٣/ ٣١٥: «رواه ابن المبارك والوليد بن مسلم وجماعة من الكبار عن عبد الله بن لهيعة».

وقد أخرجه ابن ماجه بنحوه في كتابه السنن ٢/ ٧٥٠ـ ح ٢٢٣٠ ـ من طريق عبد الله بن يزيد المقرئ عن ابن لهيعة، ورواية عبد الله بن يزيد وعبد الله =

---

[١] في/ س بلفظ: (فاكيل).

[٢] في/ س بلفظ: (وشرط).

وَالقَبْضُ فِي صِيرةٍ وَمَا يُنْقَلُ

حضور مستحق أو نائبه(١)، ويصح استنابة من عليه الحق للمستحق(٢)، ومؤنة كيال ووزان وعداد[١] ونحوه، على باذل(٣)، ولا يضمن ناقد حاذق[٢] أمين خطأ(٤) (و) يحصل (القبض في صيرة وما ينقل) كثياب

= ابن المبارك عن ابن لهيعة صحيحة، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/ ٩٨: «رواه أحمد وإسناده حسن».

وأخرجه البخاري في التاريخ الكبير ٨/ ١٨، الدارقطني ٣/ ٨ ـ البيوع ـ ح ٢٣، البيهقي ٥/ ٣١٥ ـ ٣١٦ ـ من طريق منقذ مولى سراقة عن عثمان بن عفان، ومنقذ قال عنه الحافظ في التقريب: «مقبول» يعني عند المتابعة، وقد تابعه في الرواية عن عثمان سعيد بن المسيب كما سبق بيانه.

وأخرجه البخاري في صحيحه تعليقًا ٣/ ٢١ ـ البيوع ـ باب الكيل على البائع والمعطي.

(١) فإذا ادعى بعد ذلك نقصان ما اكتاله أو اتزانه أو عده أو ذرعه لم يقبل. (كشاف القناع ٣/ ٢٤٦).

(٢) في حاشية العنقري عن ابن فيروز ١/ ١٠٤: «كما لو اشترى قفيزًا من صيرة، فدفع ربها المكيال وأذن أن يكتاله له ففعل جاز».

(٣) في كشاف القناع ٣/ ٢٤٧: «ومؤنة توفية المبيع والثمن ونحوهما من أجرة كيل، وأجرة وزن... على باذل المبيع أو الثمن من بائع ومشتر ونحوهما كما أن على بائع الثمرة سقيها؛ لأن تسليمها إنما يتم به، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب...» ولعموم قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ﴾ وأجرة النقل لمنقول على قابض، وأجرة الدلالة على بائع، وهو العرف إلا مع شرط.

(٤) لأنه أمين، وسواء كان متبرعًا أو بأجرة، فإن لم يكن حاذقًا أو كان غير أمين ضمن لتغرير.

---

[١] في/ ف بلفظ: (وعدد).

[٢] في/ س بزيادة لفظ: (صادق).

بِنَقْلِهِ وَمَا يَتَنَاوَلُ بِتَنَاوِلِهِ وَغَيْرِهِ بِتَخْلِيَتِهِ.

وحيوان (**بنقله**(١)، و) يحصل القبض في (**ما يتناول**) كالجواهر والأثمان[١] (**بتناوله**)(٢) إذ العرف فيه ذلك (**وغيره**) أي ما ذكر كالعقار(٣) والثمرة على الشجر[٢] قبضه (**بتخليته**)(٤) بلا حائل(٥) بأن يفتح له باب

---

(١) ما جرت العادة بنقله وتحويله كالطعام المباع مجازفة والثياب والحيوان وغير ذلك: فجمهور أهل العلم: أن نقله يكون بالنقل والتحويل؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: «رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى يؤووه إلى رحالهم» متفق عليه، ولحديث زيد بن ثابت «أن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم» رواه أبو داود وسكت عنه.

وعند الحنفية: ما ينقل قبضه بالتخلية قياسًا على العقار، ولأن التسليم لغة جعل الشيء سالمًا خالصًا لا ينازعه فيه أحد وهذا يحصل بالتخلية. (المصادر السابقة).

والأقرب: قول جمهور أهل العلم؛ لدلالة السنة على ذلك.

(٢) وهذا قول جمهور أهل العلم؛ لأن قبض كل شيء بحسبه، والعرف جار بقبض هذه الأشياء بالتناول.

وعند الحنفية: أن قبض ما يتناول يكون بالتخلية.

ودليلهم: ما تقدم في المسألة السابقة. (المصادر السابقة).

والأقرب: قول جمهور أهل العلم، وقياس الحنفية ما يتناول على العقار قياس مع الفارق؛ فالعقار لا يمكن قبضه إلا بالتخلية، وهذه لا تناسبها التخلية، وقولهم: أن التسليم في اللغة جعل الشيء سالمًا خالصًا غير مسلم بل التسليم في اللغة القبض.

(٣) العقار: ما لا يمكن نقله ولا تحويله. (نهاية المحتاج ٤/ ٩٣، وكشاف القناع ٣/ ٢٤٧).

(٤) أن يخلي بينه وبين المشتري، وهذا باتفاق الأئمة؛ لأن الشرع أمر بالقبض وأطلقه فيحمل على العرف والعادة، وقد جرت العادة بقبض العقار بتخليته. (المصادر السابقة).

(٥) أي مانع من قبضه. (كشاف القناع ٣/ ٢٤٧).

---

[١] في/ س بلفظ: (والاثمار).

[٢] في/ م، ف بلفظ: (الشجره).

وَالإِقَالَةُ

الدار أو[1] يسلمه مفتاحها ونحوه(١)، وإن كان فيها متاع للبائع، قاله الزركشي، ويعتبر لجواز قبض مشاع ينقل إذن شريكه(٢).

(والإقالة)(٣) مستحبة لما روى ابن ماجه عن أبي هريرة مرفوعًا: **«من أقال مسلمًا أقال الله عز وجل عثرته يوم القيامة»**(٤)(٥).

---

(١) كأن يسلمه مقود الدابة، أو يرسلها به. (المصدر السابق).

(٢) أي في قبضه؛ لأن قبضه نقله، ونقله لا يتأتى إلا بنقل حصة شريكه، وعلم منه: أن قبض مشاع لا ينقل كنصف عقار لا يعتبر له إذن شريك؛ لأن قبضه تخليته، وليس فيها تصرف... فيسلم البائع الكل بإذن شريكه... فإن أبى الشريك الإذن للبائع في تسليم الكل للمشتري، قيل للمشتري: وكل الشريك في القبض... فإن أبى أن يوكل، أو أبى الشريك أن يتوكل نصب الحاكم من يقبض الكل جمعًا بين الحقين...». كشاف القناع ٣/ ٣٤٨.

وانظر ما تقدم عند قول المؤلف: «وإن أبى كل منهما تسليم ما بيده حتى قبض العوض...».

(٣) لغة: الرفع، والفسخ، وتقايل البيعان: تفاسخا صفقتهما، وقد تقايلا بعدما تبايعا أي تتاركا. (لسان العرب ١١/ ٥٧٩، والمصباح المنير ص ٥٧٩).

وفي الاصطلاح: ما يقتضي رفع العقد المالي بوجه مخصوص. (أسنى المطالب ٢/ ٧٤).

(٤) وهي جائزة باتفاق الأئمة. (انظر المصادر الآتية).

(٥) أخرجه ابن ماجه ٢/ ٤٧١ - التجارات - باب الإقالة - ح ٢١٩٩، أبو داود ٣/ ٧٣٨ - البيوع - باب في فضل الإقالة - ح ٣٤٦٠، أحمد ٢/ ٢٥٢، ابن حبان كما في الإحسان ٧/ ٢٤٣ - ح ٥٠٠٨، ابن الأعرابي في المعجم ١/ ٢٩١ - ح ٢٣٠، الحاكم في المستدرك ٢/ ٤٥ - البيوع، وفي معرفة علوم الحديث ص ١٨، أبو نعيم في الحلية ٦/ ٣٤٥، القضاعي في مسند الشهاب ١/ ٢٧٩ - ح ٤٥٣، ٤٥٤، ابن حزم في المحلى ٩/ ٣، البيهقي ٦/ ٢٧، الخطيب البغدادي في تاريخه ٨/ ١٩٦.

---

[١] في/ س، ف بلفظ: (ويسلمه).

فَسْخٌ فَتَجُوزُ قَبْلَ قَبْضِ المَبِيعِ.

وهـي (فـسخ)(١)؛ لأنها عبارة عن الرفع والإزالة، يقال: أقال الله عثرتك، أي أزالها، فكانت فسخًا للبيع[١] لا بيـعًا (**فتجوز قبل قبض المبيع**)(٢)، ولو نحو مكيل.

= الحديث صحيح، وصححه ابن حبان والحاكم والذهبي وابن حزم وابن دقيق العيد والسخاوي والعجلوني. انظر: المقاصد الحسنة ص ٣٩٨-٣٩٩، كشف الخفاء ٢/ ٢٩٨-٢٩٩.

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لما علل به المؤلف.

ولأن البيع والإقالة اختلفا اسمًا، فاختلفا حكمًا، فالبيع إثبات، والإقالة رفع، فبينهما تناف.

وعند أبي يوسف والإمام مالك: أنها بيع، إلا إذا تعذر جعلها بيعًا، فتكون فسخًا؛ لأن معنى البيع مبادلة مال بمال، وقد وجد، والعبرة بالعقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني.

وعند أبي حنيفة: أنها فسخ في حق العاقدين، بيع في حق غيرهما؛ لأن الإقالة تنبئ عن الفسخ والإزالة، فلا تحتمل معنى آخر نفيًا للاشتراك، وإنما جعل بيعًا في حق غير العاقدين؛ لأن فيها نقل ملك بإيجاب وقبول بعوض مالي.

(مجمع الأنهر ٢/ ٥٤، والبحر الرائق ٦/ ١١٠، وشرح الخرشي ٥/ ١٦٦، وروضة الطالبين ٣/ ٤٩٦، وحاشية القليوبي ٢/ ٢١٠، والمبدع ٤/ ١٢٦).

(٢) للخلاف في الإقالة، هل هي فسخ أو بيع؟ فوائد كثيرة ذكرها ابن رجب رحمه الله في كتابه القواعد، وكذا المرداوي، وهذا ملخصها:

ففي الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ٥٢١: «تنبيه: ينبني على هذا=

---

[١] في/ س بلفظ: (للبائع).

. . . .

. . . .

= الخلاف فوائد كثيرة، ذكرها ابن رجب في «فوائده» وغيره.

منها: إذا تقايلا قبل القبض، فيما لا يجوز بيعه قبل قبضه، فيصح على المذهب، ولا يصح على الثانية، إلا على رواية حكاها القاضي، واختارها الشيخ تقي الدين.

ومنها: جوازها في المكيل والموزون بغير كيل ووزن، على المذهب، ولا يصح على الثانية.

ومنها: إذا تقايلا بزيادة على الثمن، أو نقص منه، أو بغير جنس الثمن، لم تصح الإقالة، والملك للمشتري، على المذهب، وعلى الثانية، فيه وجهان.

أحدهما: لا يصح إلا بمثل الثمن أيضًا. صححه المصنف والشارح، وهو المذهب عند القاضي.

والوجه الثاني: يصح بزيادة على الثمن ونقص. صححه القاضي في «الروايتين»، وهو ظاهر ما قدمه في «الفروع»، ويكوّن هذا المذهب على ما اصطلحناه.

ومنها: تصح الإقالة بلفظ الإقالة والمصالحة على المذهب، وعلى الثانية لا ينعقد، صرح به القاضي في «خلافه».

ومنها: عدم اشتراط شروط البيع من معرفة المقال فيه، والقدرة على تسليمه، وتميزه عن غيره، على المذهب، وعلى الثانية، يشترط معرفة ذلك.

ومنها: لو تلفت السلعة فقيل: لا تصح الإقالة على الروايتين، وقيل: إن قيل: هي فسخ، صحت، وإلا لم تصح.

ومنها: صحتها بعد نداء الجمعة على المذهب، وعلى الثانية: لا تصح، قاله القاضي وابن عقيل. =

. . . .

. . . .

. . . .

= ومنها: نماؤه المنفصل، فعلى الثانية لا يُتبع، وعلى المذهب، قال القاضي: هو للمشتري، قال ابن رجب: وينبغي تخريجه على الوجهين: كالرد بالعيب، والرجوع للمفلس.

ومنها: لو باعه نخلاً حاملاً، ثم تقايلا وقد أطلع، فعلى المذهب، يتبع الأصل، سواء كانت مؤبرة أو لا، وعلى الثانية إن كانت مؤبرة، فهي للمشتري الأول، وإن لم تكن، فهي للبائع الأول.

ومنها: خيار المجلس، لا يثبت فيها على المذهب، وعلى الثانية، قال في «التلخيص»: يثبت فيها، كسائر العقود، قال: ويحتمل عندي، لا يثبت.

ومنها: هل يرد بالعيب؟ فعلى الثانية، له الرد، وعلى المذهب: يحتمل أن لا يرد به، ويحتمل أن يرد به، قال في «القواعد».

ومنها: الإقالة في المُسْلَمِ فيه قبل قبضه، فقيل: يجوز الإقالة فيه على الروايتين، وهي طريقة الأكثرين، ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك، وقيل: يجوز على المذهب، لا الثانية.

ومنها: لو باعه جزءاً مُشاعًا من أرضه، فعلى المذهب، لا يستحق المشتري، ولا من حدث له شركة في الأرض قبل المقايلة شيئًا من الشقص بالشفعة، وعلى الثانية يثبت لهم، وكذا لو باع أحد الشريكين حصته، ثم عفا الآخر عن شفعته، ثم تقايلا، وأراد العافي أن يعود إلى الطلب، فليس له ذلك، على المذهب، وعلى الثانية، له ذلك.

ومنها: لو اشترى شقصًا مشفوعًا، ثم تقايلاه قبل الطلب، فعلى الثانية لا يسقط، وعلى المذهب، لا يسقط أيضًا، وهو قول القاضي وأصحابه، وقيل: يسقط، وهو المنصوص.

. . . .

. . . .

. . . .

ومنها: هل يملك المضارب أو الشريك الإقالة فيما اشترياه؟ فالأكثرون على أنهما يملكانها عليهما من المصلحة، وقال ابن عقيل في موضع من «فصوله»: على المذهب، لا يملكه، وعلى الثانية، يملكه.

ومنها: هل يملك المفلس بعد الحجر المقايلة لظهور المصلحة؟ فعلى الثانية، لا يملك، وعلى المذهب الأظهر، يملكه، قاله ابن رجب.

ومنها: لو وهب الوالد شيئًا، فباعه ثم رجع إليه بإقالة، فعلى الثانية، يمتنع رجوع الأب، وعلى المذهب فيه وجهان، وكذا حكم المفلس إذا باع السلعة، ثم عادت إليه بإقالة، ووجدها بائعها عنده.

ومنها: لو باع أمة، ثم أقال فيها قبل القبض، فقال أبو بكر، وابن أبي موسى، والشيرازي: يجب استبراؤها على الثانية، ولا يجب على المذهب، وقيل: فيها روايتان من غير بناء، قال الزركشي: والمنصوص في رواية ابن القاسم، وابن بختان، وجوب الاستبراء مطلقًا، ولو قبل القبض.

ومنها: لو حلف لا يبيع، أو ليبيعن، أو علق في البيع طلاقًا أو عتقًا، ثم أقال، فإن قلنا: هي بيع، ترتب عليها أحكامه من البر والحنث، وإلا فلا، قال ابن رجب: وقد يقال: الأيمان تبنى على العرف، وليس في العرف، أن الإقالة بيع.

ومنها: لو باع ذمي ذميًا خمرًا، وقبضت دون ثمنها، ثم أسلم البائع، وقلنا: يجب له الثمن، فأقال المشتري فيها، فعلى الثانية، لا يصح، وعلى المذهب، قيل: لا يصح أيضًا، وقيل: يصح، وأطلقهما في «الفوائد».

ومنها: هل تصح الإقالة بعد موت المتعاقدين؟ ذكر القاضي في موضع من «خلافه»، أن خيار الإقالة يبطل بالموت، ولا تصح بعده، وقال في موضع آخر: إن قلنا: هي بيع، صحت من الورثة، وإن قلنا: فسخ، فوجهان.

. . . .

ولا خِيَارَ فِيْهَا

ولا تجوز إلا (بمثل[١] الثمن) الأول قدراً ونوعاً؛ لأن العقد إذا ارتفع رجع كل منهما بما كان له(١)، وتجوز بعد نداء الجمعة(٢).

ولا يلزم إعادة كيل أو وزن(٣)، وتصح من مضارب وشريك(٤)، وبلفظ صلح وبيع ومعاطاة(٥)، ولا يحنث بها من حلف لا يبيع(٦) (**ولا خيار فيها**) أي لا يثبت في الإقالة خيار مجلس ولا خيارشرط أو نحوه(٧).

= ومنها: لو تقايلا في بيع فاسد، ثم حكم حاكم بصحة العقد ونفوذه، فهل يؤثر حكمه؟ إن قلنا: الإقالة بيع، فحكمه بصحة البيع، صحيح، وإن قلنا: فسخ، لم ينفذ؛ لأن العقد ارتفع بالإقالة، ويحتمل أن ينفذ، وتُلغى الإقالة، وهو ظاهر ماذكره ابن عقيل.

ومنها: مؤنة الرد، فقال في «الانتصار»: لا تلزم مشترياً، وتبقى بيده أمانة، كوديعة، وفي «التعليق» للقاضي، يضمنه، قال في «الفروع»: فيتوجه، تلزمه المؤنة» اهـ.

(١) وتقدم ذكر الخلاف في كلام ابن رجب، وأن الأقرب جوازها بزيادة عن الثمن جبراً لنقص السلعة بردها.

(٢) الثاني، ممن تلزمه الجمعة بنفسه أو بغيره، بناء على أنها فسخ وليست بيعاً، وتقدمت في الفوائد.

(٣) لأنها على المذهب فسخ أي رفع للعقد، فلم يحتج لإعادة الكيل ونحوه، وتقدم في الفوائد.

(٤) بشرط المصلحة، وتقدم الخلاف في هذه المسألة في ذكر الفوائد.

(٥) لأن القصد المعنى، فيكتفي بما أداه كالبيع. (كشاف القناع ٣/ ٢٥٠).

(٦) ولا يبر من حلف ليبيعن، وتقدم في الفوائد.

(٧) لخيار عيب أو تدليس، وتقدمت في الفوائد.

---

[١] في/ ف بلفظ: (مثل).

وَلاَ شُفْعَةَ.

(ولا شفعة) فيها لأنها ليست بيعًا(١)، ولا تصح[١] مع تلف مثمن(٢)، أو موت عاقد(٣) ولا بزيادة على[٢] ثمن أو نقصه أو غير جنسه(٤)، ومؤونة رد مبيع تقايلاه على بائع(٥).

* * *

(١) تقدم ذكر الخلاف فيها في الفوائد.

(٢) لفوات محل الفسخ، وتصح مع تلف ثمن.

(٣) وهذا هو المذهب، فالإقالة لا تصح من الوارث قياسًا على خيار المجلس، والشرط.

ونوقش: بأن خيار المجلس قد حدده الشارع بالتفرق، وقد حصل بالموت، وأما خيار، فالصحيح أنه يورث إذ هو حق من حقوق الميت.

وعند جمهور أهل العلم: أن الوارث يملك الإقالة؛ لانتقال الملك إليه، ولذا يملكها الموكل وإن لم يكن عاقدًا، وهذا هو الأقرب. (المبسوط ١٣/ ٣٣، ٤٣، والذخيرة ٥/ ٣٥، وروضة الطالبين ٣/ ٤٩٦، والفروع ٤/ ١٢٢، والإنصاف ٤/ ٤٨٠).

(٤) تقدمت قريبًا.

(٥) لأن الفسخ بتراضيهما، ويبقى المبيع بعد الإقالة بيد المشتري أمانة كوديعة، ومؤنة رد المبيع بعد الفسخ بالعيب على المشتري؛ لأن الفسخ بالعيب قهرًا على البائع. (كشاف القناع ٣/ ٢٤٩).

* * *

---

[١] في/ ف بلفظ: (وتصح).

[٢] في/ س بلفظ: (علم).

باب الربا والصرف

(باب الربا والصرف)[١]

الربا مقصور وهو لغة: الزيادة[٢] لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ﴾[٣] أي علت[٤]، وشرعًا: زيادة في شيء مخصوص[٥]، والإجماع على تحريمه[٦]؛ لقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[٧].

---

(١) أي هذا باب يذكر فيه أحكام الربا والصرف، والحيل، وما يتعلق بذلك. (حاشية ابن قاسم ٤/ ٤٩٠).

(٢) فالربا لغة: هو النمو والزيادة والعلو والارتفاع، يقال: ربا الشيء ربوًا زاد ونما وعلا، ومنه قوله تعالى: ﴿وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ﴾ وقوله تعالى: ﴿أَن تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَىٰ مِنْ أُمَّةٍ﴾، أي أكثر في المال والعدد.

(٣) سورة الحج آية (٥).

(٤) وارتفعت، وقال تعالى: ﴿أَن تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَىٰ مِنْ أُمَّةٍ﴾، أي أكثر عددًا، وقال تعالى: ﴿وَمَا آتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ﴾، أي ليكثر.

(٥) والمقصود بها على المذهب: المكيلات والموزونات كما يأتي بيانه، وفي الإقناع ٢/ ١١٤: «تفاضل في أشياء، ونسأ في أشياء، مختص بأشياء».

(٦) انظر: الإفصاح ١/ ٢٧٦، والمجموع للنووي ٩/ ٣٩٠، وأحكام القرآن للقرطبي ٣/ ٣٤٩.

(٧) سورة البقرة آية (٢٧٥).

وقال تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ - أي من قبورهم - إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ﴾، وقال تعالى: ﴿فَمَن جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ=

يُحَرَّمُ رِبَا الفَضْلِ

والصرف: بيع نقد بنقد(١)، قيل: سمي به لصريفهما[١] وهو تصريفها في الميزان، وقيل: لانصرافها عن مقتضى البياعات[٢] من عدم جواز التفرق[٣] قبل القبض ونحوه(٢).

والربا نوعان: ربا فضل(٣) وربا نسيئة(٤).

و(**يحرم ربا الفضل**(٥) ....

= فَانْتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴿٢٧٥﴾ يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ﴾.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «اجتنبوا السبع الموبقات: وذكر منها: أكل الربا» متفق عليه.

وعن جابر رضي الله عنه قال: «لعن رسول الله ﷺ آكل الربا، وموكله، وكاتبه، وشاهديه، وقال: هم سواء»، رواه مسلم.

وللبخاري نحوه من حديث أبي جحيفة.

(١) سواء اتحد الجنس أو اختلف.

(٢) كعدم الزيادة في نحو بر ببر.

(٣) في اللغة: الزيادة.

وفي الاصطلاح: الزيادة في أحد الربويين المتحدي الجنس.

(٤) يأتي تعريفه في قول المؤلف: «فصل: ويحرم ربا النسيئة».

(٥) وهو المذهب، وهو قول جماهير أهل العلم.

(البناية ٦/ ٥٢٤، والإشراف ١/ ٢٥٢، والحاوي ٥/ ٧٦، والمبدع ٤/ ١٢٧).

---

[١] في/ س بلفظ: (لصريفها).

[٢] في/ ف بلفظ: (البيعات).

[٣] في/م، ف بلفظ: (التصرف).

....

....

= ودليل ذلك:

١ ـ عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾، فهو عام في كل ربا لأن (أل) لاستغراق الجنس فلا فرق بين ربا وربا.

٢ ـ حديث عبادة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل سواءً بسواء، يدًا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد**»، رواه مسلم وغيره.

والحديث ظاهر في إيجاب التساوي والتقابض في بيع المتماثلين، والتقابض فقط في غير المتماثلين، والتفريق في الحكم يدل على وجوبه، وتحريمه عند اختلال شرطه، وهذا هو ربا الفضل.

٣ ـ حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءه بتمر جنيب، فقال رسول الله ﷺ: «**أكل تمر خيبر هكذا؟**» فقال: لا والله يا رسول الله إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: «**فلا تفعل، بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبًا**»، أخرجاه متفق عليه.

ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى عن التفاضل في التمر ببيع الصاع بالصاعين ونحو ذلك.

القول الثاني: أنه لا ربا إلا في النسيئة، وهو مروي عن ابن عباس، وأسامة بن زيد، وزيد بن أرقم، والبراء بن عازب وغيرهم.

وحجة هذا القول:

١ ـ ما روى أسامة بن زيد رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**لا ربا إلا في النسيئة**»، أخرجاه في الصحيحين، وفي لفظ لمسلم: «**إنما الربا في**=

---

[١] في/م، ف بلفظ: (المسكر).

. . . .

. . . .

= النسيئة» وفي رواية له: «**لا ربا فيما كان يداً بيد**».

ففي الحديث نفي وحصر فقد حصر النبي ﷺ الربا في النسيئة، ونفاه عما كان يداً بيد، فهو يدل بمنطوقه على جواز ربا الفضل، (الحاوي ٥/ ٧٦).

وأجيب عن هذا الاستدلال بأجوبة:

الأول: أن مراد النبي ﷺ بقوله: «**لا ربا فيما كان يداً بيد**»، فيما كان البدلان من جنسين كالبر والشعير لورود التصريح بالمنع منه في الجنس الواحد وجوازه في الجنسين في أحاديث الجمهور المتقدمة، (الحاوي ٥/ ٧٦، والمغني ٦/ ٥٣).

وأن أسامة سمع رسول الله ﷺ يُسأل عن الربا في صنفين مختلفين كالحنطة بالشعير فقال: «**إنما الربا في النسيئة**»، فذكر قول النبي ﷺ ولم يذكر السؤال أو أنه لم يحضر إلا جواب النبي ﷺ، (الحاوي ٣/ ٧٧).

وقيل: إن المراد في قوله: «**لا ربا**» حصر الكمال، أي الربا الكامل الأغلظ الأشد المتوعد عليه، كما تقول العرب: لا عالم في البلد إلا زيد، مع أن فيها علماء غيره، (فتح الباري ٤/ ٣٨٢، وإعلام الموقعين ٢/ ١٣٥).

الثاني: النسخ، فقالو: إن حديث أسامة منسوخ لأمرين:

أحدهما: إجماع المسلمين على ترك العمل بظاهره، قاله النووي، (شرح مسلم للنووي ١١/ ٢٥).

الثاني: ما ثبت من رواية الحميدي عن البراء بن عازب، وزيد بن أرقم من أن إباحة ربا الفضل كانت مقارنة لقدومه ﷺ مهاجراً إلى المدينة، وهذا يدل على أن إباحة ربا الفضل كانت متقدمة على تحريمه؛ لأنه ثبت ما يدل على أن التحريم كان يوم خيبر كما في حديث فضالة في قصة القلادة، وما تقدم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه في حديث التمر الجنيب «**أكل تمر** =

. . . .

= خيبر هكذا؟»، (الربا والمعاملات المصرفية ص ٧٣).

الثالث: الترجيح: ترجيح أحاديث تحريم ربا الفضل على حديث أسامة، من ثلاثة وجوه:

أ ـ أنه لم يروه غير أسامة، وأحاديث ربا الفضل رواها جماعة من أصحاب النبي ﷺ منهم أبو بكر وعمر وعثمان وعبادة وأبو سعيد وبلال وأبو بكرة وأبو الدرداء وفضالة وغيرهم.

ب ـ أن حديث أسامة ينفي ربا الفضل بمفهومه وأحاديث الجمهور تحرمه بمنطوقها، ودلالة المنطوق مقدمة على دلالة المفهوم.

جـ ـ أن حديث أسامة عام في الجنس والجنسين، وأحاديث الجمهور أخص منه؛ لأنها تصرح بالمنع مع اتحاد الجنس فقط وبالجواز مع اختلاف الجنس، والأخص مقدم على الأعم لأنه بيان له ولا يتعارض عام مع خاص، (فتح الباري ٤/ ٣٨٢، وأضواء البيان ١/ ٢٣٦).

مسألة:

جمهور أهل العلم على أن الربا يجري في الأصناف الستة التي نص عليها النبي ﷺ في حديث عبادة المتقدم وما وافقها في العلة، (بدائع الصنائع ٥/ ١٨٣، وبداية المجتهد ٢/ ١١٣، وروضة الطالبين ٣/ ٣٧٧، والمغني ٦/ ٥٤).

واستدلوا بأحاديث ورد فيها ذكر غير الأصناف الستة منها:

١ ـ حديث معمر بن عبد الله أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «**الطعام بالطعام مثلاً بمثل**»، رواه مسلم وغيره، ولفظ الطعام أعم من الأصناف الأربعة المذكورة في حديث عبادة وأبي سعيد.

٢ ـ حديث ابن عمر: «أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة وهي: بيع ثمر =

. . . .

. . . .

= النخل بالتمر كيلاً، وبيع الزبيب بالعنب كيلاً، وعن كل تمر بخرصه»، أخرجاه في الصحيحين، وهذا لفظ مسلم.

وجه الاستدلال: نهي النبي ﷺ عن بيع الزبيب بالعنب وهو ليس من الأصناف الستة، وعن كل ثمر خرصًا وهو يعم الأصناف المذكورة في حديث عبادة وغيرها.

٣ ـ حديث سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع اللحم بالحيوان»، رواه مالك وغيره، وهو حديث مرسل، واللحم ليس من الأصناف الستة.

وذهب طاوس وقتادة والظاهرية وابن عقيل من الحنابلة إلى قصر الربا على هذه الأصناف وعدم جريانه في غيرها.

(المحلى ٨/ ٤٦٨، والحاوي ٥/ ٨١، والمغني ٦/ ٥٤) ودليلهم:

١ ـ أن النبي ﷺ خصص هذه الأشياء، فدل على أنها مقصودة بذاتها، ولو كان الربا يجري في غيرها من المكيلات والموزونات لقال: لا تبيعوا المكيل بالمكيل، والموزون بالموزون إلا مثلاً بمثل وسواءً بسواء، أو قال: لا تبيعوا المطعوم بالمطعوم إلا مثلاً بمثل سواء بسواء، وهكذا لأنه أخصر في الكلام وأدل على المراد، والنبي ﷺ أوتي جوامع الكلم، واختصرت له الحكمة اختصاراً.

٢ ـ قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، فإنه عام استثنى منه الأصناف الستة بالنص، فيبقى ما عداها على العموم لعدم النص على تحريمها، لا سيما مع قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾، فما عدا المفصل فهو حلال، والقياس إن كان موافقًا للأصل ـ وهو الحل ـ فإنه لا يفيد شيئًا، وإن كان مخالفًا للأصل فإنه يمتنع رفع الأصل المتيقن بأمر ظني لا تتيقن صحته، =

. . . .

في مَكِيلٍ

في)[1] كل (**مكيل**) بيع بجنسه مطعومًا كان. . . . .

= إذ اليقين لا يرفع إلا باليقين، (المحلى ٨/ ٤٦٨، والربا والمعاملات المصرفية ص/ ٩١).

وأجيب:

أولاً: المنع من تخصيص هذه الأصناف، فإن أحاديث التحريم تعددت مخارجها وألفاظها، فبعضها كحديث عبادة فيه ذكر الأصناف الستة، وبعضها كحديث أبي سعيد فيه ذكر الذهب والفضة، وبعضها كحديث عمر فيه ذكر أصناف أربعة؛ البر والشعير والتمر والورق بالذهب، وبعضها فيها ألفاظ أعم وأشمل، كحديث معمر «**الطعام بالطعام مثلاً بمثل...**»، ولفظ «**وكذلك ما يكال ويوزن**» وغيرها مما يدل على أن ذكر الأشياء الستة ليس على سبيل الحصر، وأنها مقصودة بذاتها.

ثانيًا: أن القول بهذا القول فيه ضعف وبُعد عن روح الشريعة ومقاصدها التي لا تفرق بين المتماثلين وتعطي النظير حكم نظيره، وهذا التشريع له حكمة ومعنى؛ لأن تشريعات الله مبناها على الحكم ومصالح العباد، فحَيث تحققت هذه الحكمة وذلك المعنى فالحديث يتَجه إليه، فمن البعيد أن يجري الربا في بلد قوته البُر، ولا يجري في بلد آخر قوته الأرز، أو يجري في بلد عملته الذهب، ولا يجري في بلد عملته أوراق نقدية، هذا مما ينزه عنه الشرع وإلا لما كان لتحريم الربا فائدة.

(١) مسألة:

اختلف القائلون بأن الأصناف الستة لها عله في علة التحريم في الذهب والفضة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وهو المذهب، ومذهب الحنفية. (بدائع الصنائع ٥/ ١٨٣، والمغني ٦/ ٥٤).

أن علة الربا في الذهب والفضة هي الوزن والجنس، فيجري الربا في =

. . . .

. . . .

. . . .

= كل موزون من جنس كالحديد والرصاص، والزنك، والذهب والفضة واللحم والسكر وسائر الموزونات، فلا تباع بجنسها متفاضلة حالة أو مؤجلة، ولا بغير الذهب والفضة كحديد برصاص من غير تقابض.

وحجة هذا القول:

١ ـ حديث أبي هريرة وأبي سعيد: استعمل رجلاً على خيبر فجاء بتمر جنيب، فقال رسول الله ﷺ: **«أكل تمر خيبر هكذا؟»** فقال الرجل: لا والله يا رسول الله إنا نشتري الصاع بالصاعين من الجمع، فقال رسول الله ﷺ: **«لا تفعلوا ولكن مثلاً بمثل، أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا، وكذلك الميزان»**، رواه مسلم بهذا اللفظ.

وجه الاستدلال: في قوله: **«وكذلك الميزان»** أي الموزون، فدل على أن كل موزون يجري فيه الربا ولا يجوز التفاضل فيه.

ونوقش من وجهين:

الأول: أن قوله: **«وكذلك الميزان»** من قول أبي سعيد موقوفًا عليه، قاله البيهقي، ويشهد لذلك عدم إخراج البخاري لهذه اللفظة وكذلك مسلم في رواية أخرى، (سنن البيهقي ٥/ ٢٨٦).

الثاني: أن هذه اللفظة مجملة غير ظاهر المراد منها، فيحمل على الذهب والفضة، فيكون المراد وكذلك الميزان عند بيع الذهب والفضة جمعًا بينه وبين حديث عبادة وغيره، أي فلا يصح بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة إلا وزنًا بوزن حتى يتحقق التساوي المشار إليه في تلك الأحاديث، (المحلى ٨/ ٤٨١، والمجموع ٩/ ٣٩٣).

٢ ـ ما روي عن عبادة وأنس عن النبي ﷺ قال: **«ما وزن مثلاً بمثل إذا كان نوعًا واحدًا، وما كيل فمثل ذلك، فإذا اختلف النوعان فلا بأس به»** رواه الدارقطني وقال: لم يروه غير أبي بكر بن عياش عن الربيع بن صبيح، =

. . . .

. . . .

. . . .

= وخالفه جماعة فرووه بلفظ غير هذا اللفظ.

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ بين أن كل موزون لابد فيه من المماثلة مع اتحاد النوع، وهذا يدل على أن كل موزون فهو من الربويات.

ونوقش: بأنه ضعيف فيه الربيع بن صبيح ضعفه جماعة، قال ابن حجر في التقريب ١/ ٢٤٥: «صدوق سيئ الحفظ»، مع الاختلاف في لفظه كما ذكر الدارقطني.

٣ـ أن التماثل الذي ذكره النبي ﷺ بقوله: «مثلاً بمثل سواء بسواء»، لا يعلم إلا بالكيل والوزن، فيكون هو علة الحكم والمؤثر فيه كتأثير الصنف، (المبسوط ١٢/ ١١٣).

أو لما علق الرسول ﷺ التحليل باتحاد الصنف واتفاق القدر وعلق التحريم باتحاد الصنف واختلاف القدر ـ كما تقدم في حديث عبادة ـ دل على أن التقدير ـ أي الكيل والوزن ـ هو المؤثر في الحكم كتأثير الصنف، (بداية المجتهد ٢/ ١١٤).

ونوقش: بأن التعليل بالوزن ليس فيه مناسبة فهو مجرد طرد محض، قاله ابن القيم، بمعنى أن التعليل بالوزن ليس تعليلاً بوصف يصح أن يكون مؤثراً في الحكم، أي مظنة لأن يكون الحكم شرع من أجله.

ونوقش هذا القول من وجهين:

الأول: أن التعليل بالوزن ضعيف؛ لأنه غير مطرد في كل موزون، فإن الإجماع قائم على جواز السلم في الموزونات كإسلام أحد النقدين بحديد أو رصاص أو نحوه، وبيع الحديد ونحوه بدراهم إلى أجل، وهذا ينقض كون العلة الوزن، إذ لو كانت العلة الوزن لما صح النساء في الموزونات؛ لقوله ﷺ: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد». =

. . . .

. . . .

. . . .

= قال ابن القيم: «والعلة إذا انتقضت من غير فرق مؤثر دل على بطلانها». (إعلام الموقعين ٢/ ١٣٧).

القول الثاني: أن العلة في الذهب والفضة هي غلبة الثمنية - أي كونهما جنس الأثمان غالبًا - وهذه علة قاصرة لا تتعداهما، وهذا مذهب مالك والشافعي. (بداية المجتهد ٢/ ١١٣، وروضة الطالبين ٣/ ٣٧٧).

وعللوا لقولهم: بأن الذهب والفضة جوهران نفيسان تقدر بهما الأموال، ويتوصل بهما إلى سائر الأشياء، فهما أثمان المبيعات غالبًا، وقيم المتلفات وأروش الجنايات، ورائجان عند جميع الناس لخصائص ومزايا اعتبرت فيهما، وإذا كان كذلك فإن العلة تحصر فيهما ولا تتعداهما.

ونوقش من وجهين:

الأول: أن هذا التعليل منقوض طردًا وعكسًا، فهو منقوض طردًا في الفلوس، فإنها أثمان ولا ربا فيها على هذا القول، ومنقوض عكسًا بالحلي وأواني الذهب، فإن فيهما الربا عندهم وليست أثمانًا. (الفروع ٤/ ١٤٨).

الثاني: أن حكمة التحريم - وهي الظلم - ليست مقصورة على النقدين، بل تتعداهما إلى غيرها من الأثمان كالفلوس والورق النقدي، فكما يراعى إبعاد هذا الظلم في النقدين - الذهب والفضة - فيراعى في غيرهما من الأثمان. (الربا والمعاملات المصرفية ص ١٠٧).

القول الثالث: أن العلة هي مطلق الثمنية، فكل ما كان ثمنًا فإنه يجري فيه الربا، وهو رواية عن أحمد، وقول للمالكية، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وابن القيم، وبناءً على ذلك تتعدى الذهب والفضة إلى الفلوس والأوراق النقدية وكل ما عده الناس ثمنًا، واحتجوا:

أولاً: أن الحكمة من تحريم الربا فيهما هو المحافظة على استقرار العملة =

. . . .

. . . .

. . . .

= وثباتها، بأن يكون معياراً للتعامل به، ويكون مضبوطًا لا يرتفع ولا ينخفض، تقوّم به الأشياء ولا يقوّم بها، ومتى اتخذت العملة سلعة تعد للربح عم الضرر وحصلت الفوضى، ولم يكن للناس ثمن تعتبر به المبيعات، بل الجميع سلع ترتفع وتنزل، فلا يمكن التقويم بأي ثمن لعدم انضباطه، ولذلك نهى النبي ﷺ عن كسر سكة المسلمين الجائزة بينهم.

قال ابن القيم في (إعلام الموقعين ٢/ ١٣٧): «. . . . فالتعليل بالوزن ليس فيه مناسبة، بخلاف التعليل بالثمنية فإن الدراهم والدنانير أثمان مبيعات، والثمن هو المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال، فيجب أن يكون محدوداً مضبوطًا لا يرتفع ولا ينخفض، إذ لو كان الثمن يرتفع وينخفض كالسلع لم يكن لنا ثمن نعتبر به المبيعات، بل الجميع سلع، وحاجة الناس إلى ثمن يعتبرون به المبيعات حاجة ضرورية عامة، وذلك لا يمكن إلا بسعر تعرف به القيمة، وذلك لا يكون إلا بالثمن تقوَّم به الأشياء ويستمر على حالة واحدة».

ثانيًا: أن تخصيص الذهب والفضة بالذكر من باب التغليب، إذ ليس فيهما معنى يمتازان به عن غيرهما سوى كونهما أثمانًا ومعياراً للمعاملات في عصر النبوة، وهذا الوصف يوجد في كل ما اتخذه الناس عملة وراج رواج النقدين وأصبح معياراً للتقويم، وعلى هذا فيجري فيه ما يجري في النقدين من الربا لأنه بمعناهما ويؤدي وظيفتهما، والظلم الذي من أجله حرم الربا في الذهب والفضة واقع فيما حل محلهما وقام مقامهما. (الربا والمعاملات المصرفية ص ١١١).

وعلى هذا فالقول الثالث هو الراجح. =

. . . .

. . . .

. . . .

مسألة:

علة الربا في الأصناف الأربعة الباقية.

فالمذهب ومذهب الحنفية: أن علة الربا فيها الكيل والجنس، أي كونه مكيلاً من جنس، فيجري الربا في كل ما يكال مع اتحاد الجنس كالأرز ونحوه، وإن لم يكن مطعومًا كالحنا والأشنان. (بدائع الصنائع ٥/ ١٨٣، والفروع ٤/ ١٤٧).

وحجة هذا القول:

١ ـ ما رواه ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين، فإني أخاف عليكم الرباء**» رواه الإمام أحمد.

٢ ـ حديث أبي هريرة وأبي سعيد المتقدم وفيه: «إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين. . . فقال: **لا تفعلوا ولكن مثلاً بمثل**».

ونوقش الحديثان: بأن ذكر الصاع لا يلزم منه أن يكون هو العلة المؤثرة في الحكم وحده، إذ لو كان هو المؤثر بمفرده لاقتصر عليه النبي ﷺ، ولما نص على الأصناف الأربعة أو على الطعم. (الحاوي ٥/ ٨٧).

٣ ـ حديث أبي سعيد المتقدم «**التمر بالتمر مثلاً بمثل**» ثم قال: «**وكذا ما يكال أو يوزن**»، وقد تقدمت مناقشته.

القول الثاني: أن علة الربا فيها هي الطعم، فيحرم الربا في كل مطعوم سواء كان مما يكال أو يوزن أو غيرهما، ولا يحرم في غير المطعوم، فيدخل فيه الحبوب، والإدام، والحلاوات والفواكه، والبقول، والتوابل وغيرها، وهذا مذهب الشافعي. (المجموع ٩/ ٣٩٧).

. . . .

. . . .

. . . .

= واحتجوا:

١ ـ بحديث معمر بن عبد الله أن النبي ﷺ قال: «**الطعام بالطعام مثلاً بمثل**».

ونوقش من وجهين:

الأول: أن الحديث فيه: «**مثلاً بمثل**»، فدل على أن المعلق عليه ليس هو الطعام وحده بل معه المماثلة، وهي إنما تتحقق بالكيل أو الوزن.

الثاني: أن الراوي معمر بن عبد الله قال عقبه: «وكان طعامنا يومئذ الشعير»، كما رواه أحمد ومسلم، وهذا صريح في أن الطعام في عرفهم يومئذ الشعير، وقد تقرر في الأصول أن العرف المقارن للخطاب من مخصصات العموم.

القول الثالث: أن العلة هي القوت والادخار، أي كون الطعام قوتًا يدخر، وهذا مذهب مالك واختاره ابن القيم. (مواهب الجليل ٦/ ١٩٧، وإعلام الموقعين ٢/ ١٣٧).

واحتجوا:

١ ـ حديث عبادة وأبي سعيد فالشارع لما ذكر تلك الأصناف عُلم أنه قصد بكل واحد منها التنبيه على ما في معناه، وهي كلها يجمعها الاقتيات والادخار، أما البر والشعير فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة، ونبه بالتمر على جميع أنواع الحلاوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب، ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لإصلاح الطعام.

ونوقش: بأن التعليل بالادخار منتقض بالرطب فإنه يجري فيه الربا وليس مدخرًا. (المجموع ٩/ ٤٠٣).

٢ ـ أن الحكمة في تحريم الربا أن لا يُغبن الناس بعضهم بعضًا وأن تحفظ =

. . . .

. . . .

. . . .

= أموالهم، وإذا كان كذلك، فيجب أن يكون ذلك في أصول المعايش وهي الأقوات. (بداية المجتهد ٢/ ١١٤).

ونوقش: بأن الحديث فيه (الملح) وهو ليس قوتًا.

القــول الرابع: أن العلة هي الطعم مع الكيل أو الوزن، رواية عن أحمد، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية. (مجموع الفتاوى ٢٩/ ٢٧٠، والفروع ٤/ ١٤٨).

واحتجوا:

١ـ ما روي عن سعيد بن المسيب عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«لا ربا إلا فيما كِيل أو وزن مما يؤكل أو يشرب»**.

٢ ـ حديث معمر **«الطعام بالطعام مثلاً بمثل»**، رواه مسلم.

ووجه الاستدلال: أن المماثلة لا تكون إلا بالكيل أو الوزن، فدل على أنه لا يحرم إلا في مطعوم يكال أو يوزن.

٣ ـ حديث أبي هريرة وأبي سعيد المتقدم: «إنا نبيع الصاع من هذا بالصاعين»، ففيه اعتبار الكيل، وحديث معمر فيه اعتبار الطعم والكيل.

٤ ـ حديث عبادة المتقدم، فإن الأصناف الأربعة مطعومة مكيلة.

وهذا هو أقرب الأقوال.

. . . .

مَوزُونٍ بِيعَ بِجِنْسِهِ

كالبر(١) أو غيره كالأشنان(٢) (و) في كل (**موزون بيع بجنسه**) مطعومًا كان كالسكر[١] (٣) أو لا كالكتان(٤)؛ لحديث عبادة بن الصامت مرفوعًا: «**الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل يدًا بيد**»، رواه أحمد ومسلم(٥).

ولا ربا في ماء(٦)، ولا فيما لا يوزن عرفًا. . . . .

---

(١) والشعير، والذرة، والدخن، والأرز، والعدس، ونحو ذلك من الثمار والحبوب المطعومة، فلا يباع بجنسه إلا متساويًا بمعياره الشرعي.

(٢) أي أو كان غير مطعوم كحب الأشنان، وحب القطن، ونحو ذلك من المكيلات، وعلى المذهب، وتقدم.

(٣) والدهن، والخل، واللبن، واللحم، ونحوه.

(٤) والقطن، وكالحرير، والصوف، والحديد، والنحاس، والذهب، والفضة ونحو ذلك على المذهب، وتقدم.

(٥) أخرجه أحمد ٥/ ٣٢٠، مسلم ١٢١١ ـ المساقاة ـ ح ٨١، أبو داود ٣/ ٦٤٤ ـ ٦٤٧٠ ـ البيوع ـ باب في الصرف ـ ح ٣٣٤٩، ٣٣٥٠، الترمذي ٣/ ٥٣٢ ـ البيوع ـ ح ١٢٤٠، الدارمي ٢/ ١٧٤ ـ البيوع ـ باب في النهي عن الصرف ـ ح ٢٥٨٢، عبد الرزاق ٨/ ٣٤ ـ ح ١٤١٩٣، ابن أبي شيبة ٧/ ١٠٣ ـ ١٠٤ ـ ح ٢٥٣٤، ابن الجارود في المنتقى ص ٢١٨ ـ ٢١٩ ـ ح ٦٥٠، ابن حبان كما في الإحسان ٧/ ٢٣٨، ٢٤٠ ـ ح ٤٩٩٤، ٤٩٩٧، الدارقطني ٣/ ٢٤ ـ البيوع ـ ح ٨٢، البيهقي ٥/ ٢٨٤ ـ البيوع ـ باب التقابض في المجلس في الصرف ـ من طريق أبي الأشعث الصنعاني عن عبادة بن الصامت.

(٦) في كشاف القناع ٣/ ٢٥٢: «. . . سوى ماء، فإنه ربا فيه بحال، ولو قيل: هو مكيل لعدم تموله عادة، لإباحته في الأصل، قال في المبدع: وفيه نظر؛ إذ العلة عندنا ليست هي المالية».

---

[١] في/ م، ف بلفظ: (المسكر).

وَيَجِبُ فِيهِ الحُلُولُ وَالقَبْضُ، وَلاَ يُبَاعُ مَكِيلٌ بِجِنْسِهِ إِلاَّ كَيْلاً

لصناعة[١] (١) كفلوس(٢) غير[٢] ذهب وفضة، ولا في مطعوم(٣) لا يكال ولا يوزن كبيض وجوز(٤).

(**ويجب فيه**) أي يشترط في بيع مكيل أو موزون بجنسه[٣] مع التماثل (**الحلول والقبض**) من الجانبين بالمجلس؛ لقوله ﷺ فيما سبق: «**يدًا بيد**»(٥).

(**ولا يباع مكيل بجنسه إلا كيلاً**) فلا يباع بجنسه وزنًا ولو تمرة

---

(١) في كشاف القناع ٣/ ٢٥٢: «ولا يجري الربا فيما لا يوزن عرفًا لصناعته، ولو كان أصله الوزن غير المعمول من النقدين كالمعمول من الصفر، والحديد، والرصاص، ونحوه كالخواتم من غير النقدين واللحم والأسطال والإبر، والثياب من حرير وقطن وغيرهما... فيجوز بيع سكين بسكينتين، وبيع إبرة بإبرتين...».

(٢) بناء على المذهب، وهي أن العلة في الذهب والفضة الوزن، وتقدم أن العلة على الراجح مطلق الثمنية، وعليه يجري الربا في الفلوس.

(٣) أي غير ما يعمل منهما، فلا يخرج عن كونهما ربويين؛ لما يأتي من حديث فضالة بن عبيد عند قول المؤلف: «ولا يباع ربوي بجنسه...».

(٤) وتفاح ورمان، وبطيخ، وغير ذلك، فيجوز بيع بيضة ببيضتين... وهكذا.

(٥) متعلق بالقبض، أي: يشترط إقباض البائع المبيع، والمشتري الثمن مع الحلول.

---

[١] في/ م بلفظ: (كصناعه).

[٢] في/ س بزيادة لفظ (من).

[٣] في/ ط بلفظ: (بمثله).

وَلاَ مَوْزُونٌ بِجِنْسِهِ إِلاَّ وَزْنًا

بتمرة[١].

(ولا) يباع (موزون بجنسه إلا وزنًا)[٢] فلا يصح كيلاً[٣]؛ لقوله ﷺ:

---

(١) كتمر بتمر، وبر ببر، وشعير بشعير، وكذا سائر الحبوب والمائعات.
وهذا على المذهب أن كل مكيل ربوي، وأن العلة في الأصناف الأربعة هي المكيل، وتقدم قريبًا.
والأقرب أن يقال: عند مبادلة ربوي بجنسه كبر ببر، وذهب بذهب، يشترط التساوي، والتساوي يكون بالمعيار الشرعي كيلاً في المكيلات، ووزنًا في الموزونات؛ لما استدل به المؤلف.
ولقوله ﷺ: «البر بالبر مُدي بمدي، والشعير بالشعير مدي بمدي، والملح بالملح مدي بمدي، فمن زاد أو استزاد فقد أربىٰ» رواه أبو داود والنسائي.
فلا يصح بيع البر بالبر وزنًا؛ لأن المعيار الشرعي وهو الكيل يختلف لتفاوت البر في الخفة والثقل فيفوت التساوي المشترط شرعًا.
ويأتي ما يعتبر مكيلاً أو موزونًا عند قول المؤلف: «ومرد - أي مرجع - الكيل لعرف المدينة على عهد رسول الله ﷺ . . .».
(٢) كذهب بذهب، وفضة بفضة، ونحاس بنحاس.
وهذا على المذهب: أن كل موزون ربوي، وأن العلة في الذهب والفضة هي الوزن.
ويقال هنا: كما تقدم عند قول المؤلف: «ولا يباع مكيل بجنسه إلا كيلاً . . .».
(٣) لاعتبار الشارع المساواة في الموزونات بالوزن، وفي المكيلات بالكيل، فمن خالف ذلك خرج عن جنس المشروع المأمور به، إذ المساواة المعتبرة فيما يحرم فيه التفاضل هي المساواة في معياره الشرعي. (كشاف القناع ٣/ ٢٥٤).

. . . .

. . . .

«الذهب بالذهب، وزنًا بوزن، والفضة بالفضة، وزنًا بوزن، والبر بالبر كيلاً بكيل، والشعير بالشعير كيلاً بكيل»، رواه الأثرم من حديث عبادة[1](1)(2)؛ ولأن ما خولف معياره الشرعي لا يتحقق فيه التماثل(3)، والجهل به كالعلم بالتفاضل(4)، ولو كيل المكيل أو وزن الموزون فكانا سواء

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ٦٦ ـ الصرف ـ باب الربا، ابن عبد البر في التمهيد ٦/ ٢٩٧ ـ من طريق همام عن قتادة عن أبي الخليل عن مسلم المكي عن أبي الأشعث الصنعاني عن عبادة بن الصامت، وقد زال الخوف من تدليس قتادة؛ لأنه وجد رواية سعيد بن أبي عروبة عنه كما أشار إلى ذلك أبو داود في كتابه السنن ٣/ ٦٤٦، وسعيد أثبت الناس في قتادة.

قال يحيى بن معين: إذا حدثك سعيد بحديث عن قتادة فلا تبال أن لا تسمعه من غيره. الجرح والتعديل ٤/ ٦٥، ونقل ابن رجب في كتابه شرح علل الترمذي ٢/ ٥٠٦ ـ ٥٠٧، عن البرد يحيى قوله: «إذا أردت أن تعلم صحيح حديث قتادة، فانظر إلى رواية شعبة وسعيد بن أبي عروبة وهشام الدستوائي».

(٢) وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص (١٢٨): «وما لا يختلف فيه الكيل والوزن مثل الأدهان يجوز بيع بعضه ببعض كيلاً ووزنًا».

(٣) فمثلاً: إذا باع برًا ثقيلاً ببر خفيف وزنًا حصل في كفة الخفيف من البر أكثر من كفة الثقيل، فيفوت التساوي المشترط شرعًا، ومثله الموزون كالذهب إذا بيع كيلاً، ولا عبرة بالمساواة في القيمة مع اختلاف الكيل أو الوزن.

(٤) فالشك أو الجهل في المماثلة كتحقق المفاضلة، فمتى شك في المماثلة في الكيل أو الوزن في بيع الربوي بجنسه، فحرام؛ لقوله ﷺ: «مثلاً بمثل سواء بسواء»، رواه مسلم من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه. =

---

[١] في بعض المطبوعات بزيادة لفظ: (ابن الصامت).

وَلاَ بَعْضه ببَعْضٍ جُزَافًا، فإن اختلف الجنس جَازَتْ الثَّلاَثَةُ

صح(١) (ولا) يباع (بعضه) أي بعض المكيل والموزون (ببعض) من جنسه (جزافًا)(٢)، لما تقدم(٣) ما لم يعلما تساويهما[١] في المعيار الشرعي(٤)، فلو باعه صبرة بأخرى وعلما كيلهما وتساويهما أو تبايعاهما مثلاً بمثل وكيلتا فكانتا سواء صح(٥).

وكذا زبرة حديد بأخرى من جنسها(٦)، (فإن اختلف الجنس) كبر بشعير وحديد بنحاس (جازت الثلاثة) أي الكيل والوزن والجزاف(٧)؛

= ولحديث جابر رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر»، رواه مسلم.

(١) في حاشية ابن قاسم ٤/ ٤٩٧: «أي لو بيع المكيل بجنسه كيلاً، أو بيع الموزون بجنسه وزنًا، فكانا سواء في معيارهما الشرعي صح البيع للعلم بالتماثل المنصوص عليه في قوله: «مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد»».

(٢) في المصباح ١/ ٩٩: «الجزاف: بيع الشيء لا يعلم كيله، ولا وزنه».

(٣) من أنه إذا بيع الربوي بجنسه يشترط فيه التساوي، والحلول والتقابض، ولو كان الجزاف من أحد الطرفين كمد بر ببر جزافًا، وتقدم الدليل على ذلك.

(٤) وهو الكيل في المكيلات، والوزن في الموزونات.

(٥) أي تبايع المتعاقدان الصبرتين مثلاً بمثل وهما يجهلان كيلهما، أو كيل إحداهما وكالاهما في المجلس فكانتا سواء صح للعلم بالتساوي، وإن لم يتساويا بأن زادت إحداهما على الأخرى بطل البيع.

(٦) أي لا يباع إحداهما بالأخرى جزافًا ما لم يعلما تساويهما في المعيار الشرعي، فإن علما صح.

(٧) والضابط لهذا: (أنه إذا اختلف الجنس الربوي، مع الاتفاق في علة ربا =

---

[١] في/ س بلفظ: (تساويها).

وَالجِنْسُ مَا لَهُ اسْمٌ خَاصٌ يَشْمَلُ أَنْواعًا

لقوله عليه السلام: «**إذا اختلفت هذه الأشياء فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد**» رواه مسلم وأبو داود(١)(٢).

(**والجنس ما له اسم خاص، يشمل**[١] **أنواعًا**)(٣)، فالجنس هو الشامل لأشياء مختلفة بأنواعها(٤)، والنوع هو الشامل لأشياء مختلفة بأشخاصها(٥)، وقد يكون النوع جنسًا(٦) وبالعكس، والمراد هنا الجنس

= الفضل أنه لا يشترط التساوي، فيجوز التفاضل، لكن يشترط الحلول والتقابض).

وضابط آخر: (إذا لم يشترط التساوي لا يشترط المعيار الشرعي)، فيجوز الكيل في الموزون، والوزن في المكيل، والجزاف في كل منهما.

(١) هذا جزء من حديث عبادة بن الصامت رواه عنه أبو الأشعث الصنعاني، وقد سبق تخريجه آنفًا.

(٢) قال في الإفصاح ١/ ٢٣٦: «واتفقوا على أنه يجوز بيع الذهب بالفضة، والفضة بالذهب متفاضلين يدًا بيد، ويحرم ذلك نسيئًا».

(٣) فالجنس أعم من النوع، والنوع أخص منه.

(٤) مثال ذلك: البر جنس وتحته أنواع منها: الحنطة، والمعية، والقيمي، والجريباء، وكذا التمر جنس، وتحته أنواع منها: البرني، والمعقلي، والعجوة، وغيرها.

(٥) مثال ذلك: الحنطة نوع من البر، تشمل أشياء مختلفة بأشخاصها، فتشمل مثلاً: الحنطة التي عند زيد، والحنطة التي عند عمرو وهكذا. (انظر: الشرح الممتع ٨/ ٣٩٧).

(٦) أي قد يكون النوع الذي هو فرع الجنس جنسًا باعتبار ما تحته إذا اشتمل على أصناف.

=

---

[١] في/ ش بلفظ: (يشتمل).

كَبُرٌ وَنَحْوِهِ، وَفرُوعُ الأجْنَاسِ كَالأدِقَةِ والأخْبَازِ وَالأدْهَانِ أَجْنَاسٌ

الأخص والنوع الأخص[١]، فكل نوعين اجتمعا في اسم خاص فهو جنس وقد مثله بقوله: (**كبر ونحوه**) من شعير وتمر وملح[٢] (**وفروع الأجناس كالأدقة والأخباز والأدهان أجناس**)[٣]؛ لأن الفرع يتبع الأصل؛ فلما كانت أصول هذه أجناسًا وجب أن تكون هذه أجناسًا[٤].

= مثال ذلك: الحلاوة جنس، ومن أنواع الحلاوة التمر، فالتمر نوع باعتبار ما فوقه وهي الحلاوة، وجنس لاشتماله على أنواع منها البرني والمعقلي ونحوهما. (انظر: حاشية العنقري ٢/ ١١٠).

وبالعكس: فقد يكون الجنس نوعًا باعتبار ما فوقه، فالبر جنس وبالنظر إلى ما فوقه وهو الحب، نوع من الحب؛ لأنه من الحبوب، فالوصف بالجنسية والنوعية أمور نسبية.

(١) لا الجنس العام، ولا النوع العام.

مثال ذلك: البر والشعير يتفقان في الجنس العام الذي هو الحب، لكن هذا ليس مرادًا ولهذا جاز بيع البر بالشعير متفاضلاً، ولكن المراد الجنس الأخص، فالمراد جنس البر، وجنس الشعير، وهما مختلفان.

وكذا النوع المراد به الأخص: مثال ذلك: الحنطة نوع أخص، وليس المراد النوع العام الذي هو نوع من الحب، والله الموفق.

(٢) فالبر بأنواعه جنس، والشعير بأنواعه جنس، والتمر بأنواعه جنس.

(٣) فدهن الإبل جنس، ودهن البقر جنس، ودهن الغنم جنس، ودقيق البر جنس، ودقيق الشعير جنس... وهكذا.

(٤) إلحاقًا للأصل بفرعه. (كشاف القناع ٢/ ٢٥٥).

وَاللَحْمُ أَجْنَاسٌ بِاخْتِلَافِ أُصُولِهِ، وَكَذَا اللَّبَنُ، وَاللَحْمُ

فدقيق الحنطة جنس، ودقيق الذرة جنس، وكذا البواقي(١).

(**واللحم أجناس باختلاف أصوله**)؛ لأنه فرع أصول هي أجناس فكان أجناسًا كالأخباز(٢) والضأن والمعز جنس واحد(٣)، ولحم البقر والجواميس جنس(٤)، ولحم الإبل جنس وهكذا(٥).

(**وكذا اللبن**) أجناس(٦) باختلاف أصوله لما تقدم(٧)، (**واللحم**

---

(١) من الأدقة، والأخباز، والأدهان والخلول، فدقيق الحنطة جنس، وخبزها جنس، ودقيق الشعير جنس وخبزه جنس، ودهن السمسم جنس، ودهن الزيتون جنس، وخل التمر جنس، وخل العنب جنس، وعسل النحل جنس، وعسل القصب جنسان. (كشاف القناع ٣/ ٢٥٥).

(٢) فالإبل جنس، والبقر جنس، والغنم جنس، والخيل جنس، والنعام جنس، وهكذا.

(٣) لأن المعز نوع من الضأن فاجتزئ بإخراج الزكاة من أحدهما، فلحم الضأن والمعز جنس واحد، ويدل على أنهما جنس واحد نصاب الزكاة، فلا يباع بعضه ببعض متفاضلاً.

(٤) لأن الجواميس نوع من البقر، فلحمها جنس واحد.

(٥) أي لحم الإبل العراب ولحم الإبل البخاتي جنس واحد لا يباع لحم أحدهما بالآخر إلا مثلاً بمثل. (انظر: كشاف القناع ٣/ ٢٥٥).

(٦) فلبن الضأن والمعز جنس، ولبن البقر والجواميس جنس، ولبن الإبل والعراب والبخاتي جنس، فلا يباع لبن ضأن بلبن معز متفاضلاً، ويباع لبن إبل بلبن بقر متفاضلاً إذا كان يدًا بيد.

(٧) في قوله قريبًا: «فلما كانت أصول هذه أجناسًا وجب أن تكون هذه أجناسًا...».

. . . .

وَالشَّحْمُ وَالكَبِدُ أَجْنَاسٌ، وَلاَ يَصِحُ بَيْعُ لَحْمٍ بِحَيوانٍ مِنْ جِنْسِهِ،

والشحم والكبد) والقلب والآلية والطحال[١] والرئة والكارع (أجناس)[٢] لأنها مختلفة في الاسم والخلقة فيجوز بيع جنس منها بآخر متفاضلاً[٣].

(ولا يصح بيع لحم بحيوان من جنسه)[٤] لما روى مالك عن زيد بن

---

(١) في كشاف القناع ٣/ ٢٥٥: «بكسر الطاء يقال: هو لكل ذي كرش إلا الفرس فلا طحال له».

(٢) في كشاف القناع ٣/ ٢٥٥: «والرئة والرؤوس والأكارع والدماغ والكرش والمعي والقلب والجلود والأصواف والعظام ونحوها أجناس؛ لأنها مختلفة في الاسم والخلقة، فكانت أجناسًا كبهيمة الأنعام، فلا يحرم التفاضل بين أجناسها ولو شحمًا بلحم؛ لأنهما جنسان كالنقدين» اهـ.

(٣) مثل أن يشتري رطل شحم برطلي لحم، أو رطل كرش برطلي قلب ونحو ذلك إذا كان يدًا بيد، ويحرم بيع لحم بمثله من جنسه بعظامه، ولكن إذا نزع عظمه وتساويا وزنًا يدًا بيد صح، وإذا اختلف الجنس كلحم إبل بلحم غنم جاز التفاضل إذا كان يدًا بيد لاتحادهما في العلة.

(٤) وهذا هو المذهب، وبه قال الإمام مالك: أنه لايصح بيع الحيوان من جنسه، ويصح بيع الحيوان من غير جنسه؛ لما استدل به المؤلف.

وعند الحنفية: يصح بيع اللحم بالحيوان مطلقًا؛ إذ الأصل صحة البيع.

وعند الشافعية: يمنع بيع الحيوان باللحم مطلقًا من جنسه ومن غير جنسه؛ لما ورد عن أبي بكر رضي الله عنه: «أنه كره بيع الحيوان باللحم»، أخرجه الشافعي (مختصر المزني ص ٧٨)، والبيهقي في السنن الكبرى ٥/ ٢٩٧.

قال الشافعي: «لا أعلم خلافًا لأبي بكر». =

. . . .

أسلم عن سعيد بن المسيب «أن النبي ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان»[١].

= (انظر: فتح القدير لابن الهمام ٧/ ٢٤، وبداية المجتهد ٢/ ١١٩، ونهاية المحتاج ٣/ ٤٢٨، والمغني ٦/ ٩٠، وإعلام الموقعين ٢/ ١٤٦).

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص (١٢٨): «ويجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه، إذا كان المقصود اللحم».

وقال ابن القيم في إعلام الموقعين ٢/ ١٦٤: «والصواب في هذا الحديث إن ثبت أن المراد به إذا كان الحيوان مقصودًا به اللحم كشاة يقصد لحمها فتباع بلحم فيكون قد باع لحمًا بلحم أكثر منه من جنس واحد، واللحم قوت موزون فيدخله ربا الفضل، وأما إذا كان الحيوان غير مقصود به اللحم كما إذا كان غير مأكول، أو مأكولاً لا يقصد لحمه كالفرس، تباع بلحم إبل فهذا لا يحرم بيعه به».

(١) أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٦٥٥ ـ البيوع ـ ح ٦٤، عبد الرزاق ٨/ ٢٦ ـ ح ١٤٦٢، أبو داود في المراسيل ص ١٣٣، الدارقطني ٣/ ٧١ ـ البيوع ـ ح ٢٦٦، الحاكم ٢/ ٣٥ ـ البيوع، البيهقي ٥/ ٢٩٦ ـ البيوع ـ باب بيع اللحم بالحيوان، ابن حزم في المحلى ٨/ ٥١٧، البغوي في شرح السنة ٨/ ٧٦ ـ ح ٢٠٦٦ ـ من طريق زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب مرسلاً.

وأخرجه الدارقطني ٣/ ٧٠ ـ ٧١، أبو نعيم في الحلية ٦/ ٣٣٤، ابن عبد البر في التمهيد ٤/ ٣٢٢ ـ من طريق يزيد بن مروان عن مالك بن أنس عن الزهري عن سهل بن سعيد موصولاً.

قال الدارقطني: تفرد به يزيد بن مروان عن مالك بهذا الإسناد ولم يتابع عليه. قلت: ويزيد هذا ضعيف جدًا، وقد اتهم بالكذب فلا يجوز الاحتجاج بمروياته بحال إذا لم يتابع، وقال ابن عبد البر بعد سياق إسناده: وهذا حديث إسناده موضوع لا يصح عن مالك ولا أصل له في حديثه، وله شاهد من حديث ابن عمر، رواه البزار، وفيه ثابت بن زهير وهو ضعيف. =

. . . .

وَيصحُ غَيْرَ جِنْسِهِ وَلاَ يَجُوزُ بيع حب بدقيقه ولا سويقه

(**ويصح**) بيع اللحم بحيوان من (**غير جنسه**) كلحم ضأن ببقرة؛ لأنه ليس أصله ولا جنسه(١) فجاز، كما لو بيع[١] بغير مأكول(٢) (**ولا يجوز بيع حب**) كبر (**بدقيقه ولا سويقه**)(٣) لتعذر التساوي(٤)؛ لأن أجزاء الحب

= وأخرجه من رواية أبي أمية بن يعلى عن نافع أيضًا وأبو أمية ضعيف، وله شاهد أقوى منه من رواية الحسن عن سمرة، وقد اختلف في صحة سماعه منه أخرجها الحاكم والبيهقي وابن خزيمة، انظر: التلخيص الحبير ٣/ ١٠.

والصحيح رواية سعيد بن المسيب كما قاله البيهقي والدارقطني، وقال ابن عبد البر في التمهيد ٤/ ٣٢٢: «لا أعلم هذا الحديث يتصل من وجه ثابت من الوجوه عن النبي ﷺ وأحسن أسانيده مرسل سعيد بن المسيب هذا ومراسيله أصح من مراسيل غيره.

قال الإمام أحمد: مرسلات سعيد بن المسيب صحاح لا نرى أصح من مرسلاته.

(١) لكن يحرم بيعه نسيئة عند جمهور الفقهاء. ذكره شيخ الإسلام.

(٢) أي كما يجوز بيع لحم بحيوان غير مأكول كحمار وبغل. (كشاف القناع ٣/ ٢٥٥).

(٣) الدقيق هو: الطحين.

والسويق: دقيق الحنطة أو الشعير يحمص، ثم يبل بالسمن أو الماء، انظر: المطلع ص ١٣٩، وفي المصباح ١/ ٢٩٦: «ما يعمل من الحنطة والشعير معروف».

(٤) وفوات المماثلة المأمور بها في قوله ﷺ في حديث عبادة: «إلا مثلاً بمثل»، رواه مسلم.

---

[١] في/ س، ط، هـ بلفظ: (ابيع).

وَنِيئَهُ بِمَطْبُوخِهِ.

تنتشر بالطحن والنار قد أخذت من السويق(١)، وإن بيع الحب بدقيق أو سويق من غير جنسه صح لعدم اعتبار التساوي إذًا(٢)، (و) لا بيع (**نيئه بمطبوخه**) كالحنطة بالهريسة أو الخبز(٣) بالنشاء؛ لأن النار تعقد[١] أجزاء المطبوخ فلايحصل التساوي(٤).

---

(١) فيزيد الحب بالطحن، وينقص بأخذ النار، وكل منهما مكيل يشترط فيه التساوي، وهو متعذر هنا.

وفي الإنصاف مع الشرح ١٢/ ٤٤: «قوله: ولا يجوز بيع حب بدقيقه ولا سويقه في أصح الروايتين وهي المذهب».

والرواية الثانية: «يجوز فيباح وزنًا. اختارها في الفائق، وعلل الإمام أحمد المنع بأن الأصل الكيل».

(٢) كحب بر بدقيق أو سويق شعير جاز بالاتفاق. (انظر: الإفصاح ١/ ٣٢٧).

لقوله ﷺ في حديث عبادة: «**فإذا اختلفت هذه الأشياء فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد**»، رواه مسلم.

(٣) أي لا يجوز بيع نيئ بر وذرة وشعير ونحو ذلك بمطبوخ بر أو ذرة أو شعير.

(٤) ولما في ذلك من الماء.

وفي الاختيارات ص (١٢٧): «وما خرج عن القوت بالصنعة فليس بربوي ولا بجنس نفسه، فيباع خبز بهريسة، وزيت بزيتون، وسمسم بشيرج».

أي إذا خرج فرع الأصناف الربوية عن كونه قوتًا لم يكن من الربويات، وإن كان قوتًا فإنه يكون جنسًا قائمًا بنفسه، ويحرم بيعه بجنسه الذي هو مثله متفاضلاً كالدقيق بالدقيق، والخبز بالخبز، ولم يحرم بيعه بجنس آخر، وإن كان جنسهما في الأصل واحد، فلا يحرم السمسم بالشيرج، ولا الهريسة بالخبز؛ لأن لهذه الصناعة قيمة فلا تضيع على صاحبها، ولا يحرم بيعها=

---

[١] في/ م بلفظ: (تفقد).

وَأَصْلُهُ بِعَصِيرِهِ، وَخَالِصُهُ بِمَشُوبِهِ

(و) لا بيع (**أصله بعصيره**) كزيتون بزيت وسمسم بشيرج(١) وعنب بعصيره[١]، (و) لا بيع (**خالصه بمشوبه**) كحنطة فيها شعير بخالصةٍ(٢)، ولبن مشوب بخالص لانتفاء التساوي المشترط(٣)، إلا أن يكون الخلط يسيرًا، وكذا بيع اللبن بالكشك(٤).

= في أصولها في كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس. (إعلام الموقعين ٢/ ١٦٤).

وهو قول الحنفية والمالكية. (انظر: البناية شرح الهداية ٦/ ٥٦٧، وحاشية الدسوقي ٣/ ٥١).

(١) دهن السمسم.

(٢) لانتفاء التماثل المشترط شرعًا، وفي كشاف القناع ٣/ ٢٥٦: «إلا بيسير أي إذا كان الشعير ونحوه يسيرًا لا يقصد تحصيله ولا يظهر أثره، فلا يمنع الصحة؛ لأنه لا يخل بالتماثل».

(٣) كما في حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه مرفوعًا: «**مثلاً بمثل سواء بسواء**» رواه مسلم.

(٤) يعمل من اللبن والقمح.

وفي كشاف القناع ٣/ ٢٥٦: «لأن اللبن فيه مقصود؛ فهو بيع لبن بلبن، ومع أحدهما غيره، ولا بيع حب جيد بمسوِّس؛ لعدم العلم بالتماثل، بل يصح بيع الحب الجيد بخفيف وعتيق من جنسه إذا تساويا كيلاً؛ لأنهما تساويا في معيارهما الشرعي».

---

[١] في/ م، ف بلفظ: (بعصير).

وَرَطْبُهُ بِيَابِسِهِ،

ولا بيع الهريسة والحريرة والفالوذج والسنبوسك[(١)] بعضه ببعض[(٢)]، ولا بيع نوع منها بنوع آخر[(٣)].

(و) لا بيع **(رطبه بيابسه)** كبيع الرطب بالتمر، والعنب بالزبيب لما روى مالك وأبو داود عن سعد بن أبي وقاص «أن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر، قال: **أينقص الرطب إذا يبس؟** قالوا: نعم، فنهى عن ذلك»[(٤)(٥)].

---

(١) الحريرة: دقيق يطبخ بلبن أو دسم.
والفالوذج: لباب البر يلبك بالعسل.
والسنبوسك: بر وماء ورد يعجن بالدهن ثم يرق ويحشى لحمًا.

(٢) لانتفاء التماثل المشترط.

(٣) كبيع خبز بهريسة، أو هريسة بحريرة وهكذا؛ لانتفاء التماثل المشترط شرعًا إذ هما من جنس واحد، وهذا هو المذهب.
وتقدم قريبًا اختيار شيخ الإسلام رحمه الله، وأن ما خرج عن القوت فليس ربويًا.

(٤) ولحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة أن يبيع ثمر حائطه بتمر كيلاً، وإن كان كرمًا أن يبيعه بزبيب كيلاً، وإن كان زرعًا أن يبيعه بكيل طعام، نهى عن ذلك كله» متفق عليه.

(٥) أخرجه مالك ٢/ ٦٢٤ ـ البيوع ـ ح٢٢، أبو داود ٣/ ٦٥٧ ـ البيوع ـ باب في التمر بالتمر ـ ح ٣٣٥٩، الترمذي ٣/ ٥١٩ ـ البيوع ـ باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة ـ ح ١٢٢٥، النسائي ٧/ ٢٦٩ ـ البيوع ـ باب اشتراء التمر بالرطب ـ ح ٤٥٤٥، ابن ماجه ٢/ ٧٦١ ـ التجارات ـ باب بيع الرطب بالتمر ـ ح ٢٢٦٤، أحمد ١/ ١٧٥، ١٧٩.

وَيجُوزُ بَيْعُ دَقِيقِهِ بِدَقِيقِهِ إِذَا اسْتَوِيا فِي النُّعُومَةِ، وَمَطْبُوخِهِ بِمَطْبُوخِهِ، وَخُبْزِهِ بِخُبْزِهِ، إِذَا اسْتَوِيا فِي النِّشَافِ

(**ويجوز بيع دقيقه**) أي دقيق الربوي (**بدقيقه إذا استويا في النعومة**)[١]؛ لأنهما تساويا حال العقد على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان، (و) يجوز بيع (**مطبوخه بمطبوخه**) كسمن بقري بسمن بقري مثلاً بمثل، (و) يجوز بيع (**خبزه بخبزه إذا استويا في النشاف**)[٢].

فإن كان أحدهما أكثر رطوبة من الآخر لم يحصل التساوي المشترط[٣]،

= الشافعي في الرسالة ص٣٣٢، الطيالسي ص ٢٩ ـ ح ٢١٤، عبد الرزاق ٨/ ٣٢ ـ ح ١٤١٨٥، ابن أبي شيبة ٦/ ١٨٢ ـ ١٨٣ ـ ح ٧٣٩، ١٤/ ٢٠٤ ـ ٢٠٥ ـ ح ١٨٠٩٤، ابن الجارود ص ٢٢١ ـ ح ٦٥٧، ابن حبان كما في الإحسان ٧/ ٢٣٤ ـ ح ٤٩٨٢، أبو يعلى في المسند ٢/ ٦٨ ـ ٦٩، ١٤١ ـ ح٧١٢، ٧١٣، ٨٢٥، الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ٦ ـ البيوع ـ باب بيع الرطب بالتمر، الدارقطني ٣/ ٤٩ ـ البيوع ـ ح ٢٠٥، الحاكم ٢/ ٣٨ ـ البيوع، البيهقي ٥/ ٢٩٤ ـ البيوع ـ باب ما جاء في النهي عن بيع الرطب بالتمر، البغوي في شرح السنة ٨/ ٧٨ ـ ح ٢٠٦٨ ـ كلهم من طريق مالك عن عبد الله بن يز مولى الأسود بن سفيان عن زيد بن أبي عياش عن سعد بن أبي وقاص. الحديث صحيح، وصححه الترمذي، وابن حبان، والحاكم، والذهبي.

(١) كدقيق بر أو ذرة بدقيق بر أو ذرة مثلاً بمثل كيلاً بكيل، بشرط استوائهما في النعومة؛ لئلا تختلف أجزاء الحب بالطحن فيفوت التساوي.

(٢) أو الرطوبة وزنًا. (كشاف القناع ٣/ ٢٥٧).

(٣) لحديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه، وفيه قوله ﷺ: «**إلا مثلاً بمثل**» رواه مسلم.

وَعَصِيرُهُ بِعَصِيرِه، وَرطَبُهُ بِرطَبِهِ.

ويعتبر التماثل في الخبز بالوزن كالنشا[١] (١)؛ لأنه يقدر به عادة ولا يمكن كيله(٢)، لكن إن يبس ودُق صار فتيتًا بيع بمثله كيلاً(٣).

(و) يباع (**عصيره بعصيره**[٢]) كماء عنب بماء عنب(٤) (**ورطبه برطبه**) كالرطب والعنب بمثله لتساويهما(٥).

---

(١) أي كما يعتبر النشا بالوزن (كشاف القناع ٣/ ٢٥٧).

وتقدم اختيار شيخ الإسلام قريبًا: أن ما خرج عن القوت بالصنعة فليس بربوي.

(٢) فاعتبر بما يقدر به عادة وهو الوزن.

وفي كشاف القناع ٣/ ٢٥٧: «والتساوي بين الجبن والجبن بالوزن؛ لأنه لا يمكن كيله، وكذلك العنب والزبد والسمن فهي موزونة لا يمكن كيلها، قلت: ومثله العجوة إذا تجبلت فتصير من الموزون لأنه لا يمكن كيلها».

(٣) لأنه انتقل بالدق من الوزن إلى الكيل. (المصدر السابق).

وفي كشاف القناع ٣/ ٢٥٧: «فإن كان في المطبوخ من فروع الحنطة مما مقصود كالهريسة... فلا يجوز أي الخبز المضاف إليه الأباريز المقصودة لا اليسيرة التي لا تقصد...؛ لأنه من مسألة مد عجوة ودرهم».

(٤) وكزيت بزيت مثلاً بمثل.

(٥) ويجوز يابسه بيابسه كالتمر بالتمر، والزبيب بالزبيب مثلاً بمثل لتساويهما يبوسة.

وقد يصير الجنس الواحد مشتملاً على جنسين كالتمر يشتمل على النوى وغيره، وهما جنسان بعد النزع، وكاللبن يشتمل على المخيض والزبد متصلين اتصال خلقة، فما داما كذلك فجنس واحد لاتحاد الاسم، وإذا ميز أحدهما عن الآخر صارا جنسين.

---

[١] في/ ظ بلفظ: (كالنشاف).

[٢] في/ س بلفظ: (بعسيره).

. . . .

ولا يصح بيع المحاقلة(١) وهي بيع الحب المشتد في سنبله بجنسه(٢)، ويصح بغير جنسه، ولا بيع المزابنة(٣)، وهي بيع[١] الرطب على النخل بالتمر(٤) إلا

---

(١) في المطلع ص (٢٤٠): «المحاقلة: مفاعلة من الحقل وهو: الزرع إذا تشعب قبل أن يغلظ سوقه، وقيل: الحقل: الأرض التي تزرع.
قال صاحب المطالع: المحاقلة: كراء الأرض بالحنطة، أو كراؤها بجزء مما يخرج منها، وقيل: بيع الزرع قبل طيبه، أو بيعه في سنبله بالبر» اهـ.
وفي الشرع: بيع الحب في سنبله بجنسه كما عرفها المؤلف، وهذا أعم.
وقيل: بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصًا.
(تبيين الحقائق ٤/ ٤٧، والشرح الكبير للدردير وحاشيته ٣/ ٦٠، وتحفة المحتاج ٤/ ٤٧١، وكشاف القناع ٣/ ٢٥٨).
(٢) باتفاق الأئمة عدم صحة بيع المحاقلة، فهو فاسد عند الحنفية باطل عند غيرهم. (المصادر السابقة).
لحديث جابر رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة»، رواه البخاري ومسلم، ولأنه بيع مكيل من جنسه فلا يجوز خرصًا، ولعدم العلم بالمماثلة، والجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل.
(٣) في المطلع ص (٢٤٠): «المزابنة: مفاعلة من الزبن، وهو الدفع، كأن كل واحد منهما يزبن صاحبه عن حقه بما يزاد منه. . .».
(٤) وفي الشرع: بيع الرطب على النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصًا، وهذا قول الجمهور.
وعرفها الدردير من المالكية: بأنها بيع مجهول بمعلوم ربوي أوغيره، أو بيع مجهول من جنسه.
وعرفها ابن جزي من المالكية: بأنها بيع شيء رطب بيابس من جنسه سواء أكان ربويًا أم غير ربوي.

---

[١] في/ س بلفظ: (جمع).

. . . .

في العرايا[١](١)، بأن يبيعه خرصًا بمثل ما يؤول إليه إذا جف

= (العناية شرح الهداية ٦/ ٥٣، والدر المختار ٤/ ١٠٩، وكفاية الطالب الرباني ٢/ ١٥٨، وتحفة المحتاج ٤/ ٤٧١، والشرح الكبير مع الإنصاف ١١/).

وباتفاق الأئمة عدم صحة المزابنة. (المصادر السابقة).

ودليل ذلك: حديث جابر رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة»، متفق عليه، ولأنه مكيل بمكيل من جنسه مع عدم المساواة بينهما بالكيل، ولعدم العلم بالتماثل، والجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل.

(١) في المطلع ص (٢٤١): «العرايا: جمع عرية، فعيلة بمعنى مفعولة، وهي في اللغة: كل شيء أفرد من جملة، قال أبو عبيد: من عراه يعريه إذا قصده، ويحتمل أن يكون فعيلة بمعنى فاعلة من عري يعرى إذا خلع ثيابه كأنها عريت من جملة التحريم أي خرجت...».

وهي في الأصل عطية ثمر النخل دون الرقبة، كانت العرب في الجدب تتطوع بذلك على من لا ثمر له. (فتح الباري ٤/ ٣٨٧، ونيل الأوطار ٥/ ٢٠٠).

وفي الاصطلاح: بيع الرطب في رؤوس النخل خرصًا بما يؤول إليه يابسًا بمثله من التمر كيلاً معلومًا لا جزافًا. (كشاف القناع ٣/ ٢٥٨).

وعرفها الشافعية: بأنها بيع الرطب على النخل بتمر في الأرض، أو العنب في الشجر بزبيب فيما دون خمسة أوسق. (شرح المحلى على المنهاج ٢/ ٢٣٨).

فالمذهب، وقول للإمام مالك، ومذهب الشافعية: جواز العرايا؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ «رخص في بيع العرايا في خمسة أوسق، أو دون خمسة أوسق»، متفق عليه. =

---

[١] في/ م بلفظ: (العرايات).

. . . .

كيلاً(١)، فيما دون خمسة(٢) أوسق لمحتاج لرطب(٣)، ولا[١] ثمن

= وعند الحنفية وقول للإمام مالك: عدم جواز العرايا؛ لما تقدم من أحاديث تحريم المزابنة وتحريم ربا الفضل.

ونوقشت هذه الأدلة بتخصيص مسألة العرايا من النهي؛ بالأدلة الدالة على جوازها.

(تبيين الحقائق ٤/ ٤٧، وشرح المحلى على المنهاج ٢/ ٢٣٨، وكشاف القناع ٣/ ٣٥٨، ونيل الأوطار ٥/ ٢٠٠).

ويجب أن يكون التمر الذي يشتري به معلومًا بالكيل، ولا يجوز جزافًا، قال في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٦٩: «لا نعلم خلافًا في هذا عند من أباح بيع العرايا».

(١) هذا هو الشرط الأول من شروط صحة العرايا، لما في الصحيحين من حديث سهل بن أبي حثمة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر، ورخص في بيع العرايا أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبًا.

(٢) هذا هو الشرط الثاني؛ لما تقدم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وهذا مذهب الشافعية، والحنابلة؛ إذ الأصل التحريم، والخمسة مشكوك فيها.

وعند بعض الشافعية والحنابلة: يجوز في خمسة أوسق؛ لحديث سهل المتقدم، وفيه الترخيص في العرايا مطلقًا.

ولقول سهل بن أبي حثمة: «إن العرية ثلاثة أوسق، أو أربعة، أوخمسة»، لكن قال الحافظ: «لا حجة فيه لأنه موقوف».

(مغني المحتاج ٢/ ٩٣، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٦٥، وفتح الباري ٣/ ٣٥٨، ونيل الأوطار ٥/ ٢٠٢).

(٣) هذا هو الشرط الثالث: أن يكون مشتريها محتاجًا إلى أكلها رطبًا، ولا يجوز بيعها لغني، وهذا هو المذهب، لما روى محمود بن لبيد قال: قلت =

[١] في / س بزيادة لفظ: (بيع).

. . . .

معه[١] بشرط الحلول والتقابض قبل التفرق[٢]، ففي نخل بتخلية وفي تمر بكيل[٣]، ولا يصح في بقية الثمار[٤].

= لزيد بن ثابت: ما عراياكم هذه؟ فسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي، ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبًا يأكلونه، وعندهم فضول من التمر، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر. . .».

قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١٣: «ولم أجد له سندًا بعد الفحص البالغ».

وعند الشافعية: أن العرايا لا تختص بالفقراء، بل تجوز للفقراء لإطلاق النصوص. (المصادر السابقة).

(١) هذا هو الشرط الرابع: أن لا يكون للمشتري نقد يشتري به؛ لما تقدم من حديث زيد، وهو المذهب.

وعند الشافعية: لا يشترط؛ لإطلاق النصوص. (المصادر السابقة).

(٢) هذا هو الشرط الخامس، وفي الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٧١: «ولا نعلم مخالفًا؛ لأنه بيع تمر بتمر، فاعتبر فيه شروطه».

(٣) وفي الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٧١: «وليس من شروطه حضور التمر عند النخل، بل لو تبايعا بعد معرفة التمر والثمرة، ثم مضيا جميعًا إلى النخيل فسلمه إلى مشتريه، ثم مضيا إلى التمر فسلمه البائع، أو تسلم التمر أولاً، ثم مضيا إلى النخل فسلمه جاز؛ لأن التفرق لم يحصل قبل القبض».

(٤) كالخوخ، والمشمش، واللوز، مما يدخر يابسه، وهذا هو المذهب؛ لحديث زيد بن ثابت رضي الله عنه، وفيه: «رخص في بيع العرية بالرطب أو بالتمر، ولم يرخص في غير ذلك»، متفق عليه.

وعند الشافعية: يجوز في الرطب والعنب؛ لأن العنب كالرطب في =

. . . .

وَلاَ يُبَاعُ رِبَوِي بِجِنْسِهِ وَمَعَهُ أَوْ معهما مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ.

(ولا يباع ربوي بجنسه ومعه) أي مع أحد العوضين **(أو معهما من غير جنسه)** كمد عجوة ودرهم بدرهمين أو بمدي[1] عجوة، أو بمد ودرهم(١)، لما روى أبو داود عن فضالة بن عبيد قال: «أتي النبي ﷺ بقلادة

= وجوب الزكاة فيه، وجواز خرصه وتوسيقه، وكثرة يابسه، واقتياته في بعض البلدان. . . والتنصيص على الشيء يوجب ثبوت الشيء في مثله.

وفي الإنصاف مع الشرح ١٢/ ٧٥: «والوجه الثاني: يجوز - أي في سائر الثمر - قاله القاضي، وهو مقتضى اختيار الشيخ تقي الدين، قلت: وهو الصواب عند من يعتاده.

تنبيه: مفهوم كلام المصنف - ابن قدامة - وغيره: أنه لا يجوز غير التمر قولاً واحداً، وهو كذلك إلا أن الشيخ تقي الدين جوز ذلك في الزرع، وخرج الشيخ تقي الدين جواز بيع الخبز الطري باليابس في برية الحجاز ونحوها، ذكره عنه في الفائق والزركشي، وزاد الفضة الخالصة بالمغشوشة نظراً للحاجة» اهـ.

(١) مبادلة الربوي بجنسه ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسهما، وهي مسألة مُد عجوة، وقد جعلها شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله على ثلاثة أقسام: (مجموع الفتاوى ٢٩/ ٤٦١):

الأول: أن يكون المقصود بيع ربوي بجنسه متفاضلاً ويضم إلى الأقل غير الجنس حيلة، مثل أن يبيع ألفي دينار بألف دينار في منديل، وهذا محرم والحيلة ظاهرة، فهو أراد مبادلة الألفين بالألف وجعل المنديل من أجل أن يكون هناك تغير في الجنس، وهذا يشبه مسألة العينة، وهذا مذهب مالك والشافعي وأحمد، وإلا فلا يعجز أحد عن ربا الفضل أن يضم إلى القليل شيئاً من هذا، فيضع صاعاً من التمر ومعه حفنة من البر. (الشرح الصغير ٣/ ٤٨، ونهاية المحتاج ٣/ ٤٢٥، والمغني ٦/ ٩٢). =

---

[١] في/ ط بلفظ: (بمد).

. . . .

فيها ذهب وخرز[٢] ابتاعها رجل بتسعة دنانير، أو سبعة دنانير، فقال

= الثاني: أن يكون المقصود بيع غير ربوي مع ربوي، وإنما دخل الربوي تبعًا وضمنًا، كبيع شاة ذات لبن وصوف بشاة ذات لبن وصوف - فاللبن هنا والصوف على أن المعتبر في العلة الوزن دخل تبعًا -، فالصحيح في مذهب مالك وأحمد جواز ذلك، وكذلك لو كان المقصود بيع الربوي بغير الربوي، مثل بيع دار مموهة بذهب بذهب، فالعقد أصلاً وقع على الدار بالذهب، وهذا الذهب دخل تبعًا من غير قصد في العقد، أو بيعه بجنسه وهما متساويان (المصادر السابقة).

الثالث: أن يكون كلاهما مقصودًا مثل مُد عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم، أو مدين أو درهمين أو بيع دينار بنصف دينار وعشرة دراهم ففيها خلاف مشهور.

فالمشهور في المذهب: أنه لا يجوز، نص عليه أحمد، وروي عن سالم والقاسم وشريح وابن سيرين، وبه قال مالك والشافعي وإسحاق. (حاشية الدسوقي ٣/ ٢٩، ومغني المحتاج ٢/ ٢٨، والمغني ٦/ ٩٢، ونيل الأوطار ٦/ ٣٤٩).

واستدلوا:

١ - بحديث فضالة بن عبيد قال: أتى النبي ﷺ بقلادة فيها ذهب وخرز، ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير، فقال النبي ﷺ: **«لا، حتى تميز بينهما»**، قال: فرده حتى ميز بينهما.

وفي لفظ لمسلم: فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال لهم رسول الله ﷺ: **«الذهب بالذهب وزنًا بوزن»**.

٢ - حديث النهي عن بيع الصبرة من التمر بالكيل المسمى من التمر، رواه النسائي وابن حزم ٨/ ٤٧٤ وصححه.

=

---

[١] في/ ظ بلفظ: (خرزج).

. . . .

. . . .

= وحديث: «نهى عن بيع التمر بالرطب خرصًا»، رواه أحمد وابن حزم ٨/ ٤٧٤ وصححه.

القول الثاني: جواز هذه المعاملة، وهو مذهب أبي حنيفة ورواية عن أحمد، واختيار شيخ الإسلام (بدائع الصنائع ٦/ ١٩١، والفروع وتصحيحه ٤/ ١٦٠، والاختيارات ص ١٢٨).

واستدلوا:

بأن العقود إذا أمكن حملها على الصحة فإنها تحمل عليها ولا يعدل عنها إلى الفساد من غير دليل والحاجة داعية إلى مثل هذه المعاملة، وقد أمكن التصحيح هنا بجعل الجنس في مقابلة غير الجنس أو جعل غير الجنس في مقابلة الزائد على المثل فمقدار كل ربوي معلوم. (المغني ٦/ ٩٤، ومجموع الفتاوى ٢٩/ ٤٦٦).

مسألة:

أثر الصياغة المباحة عند المبادلة:

مثاله: إذا باع ذهبًا مصوغًا ـ أي حليًا ـ بذهب غير مصوغ كسبائك فهل يجري فيه ربا الفضل فيشترط التساوي في الوزن.

الجمهور: يشترط لعموم الأحاديث المتقدمة كحديث عبادة وأبي سعيد، ولأن الزيادة في الصنعة كالزيادة في الصفة، ولا أثر للزيادة في الصفة لحديث تمر خيبر المتقدم. (فتح القدير ٧/ ٤، والإشراف ١/ ٢٥٢، ومغني المحتاج ٢/ ٢٤، والمغني ٢/ ٢٤).

وناقش ابن القيم هذا التعليل في إعلام الموقعين ٢/ ١٤٣: بالفرق بينهما؛ لأن الصنعة هي أثر فعل آدمي وتقابل بالأثمان ويستحق عليها الأجرة، وأما الصفة فهي مخلوقة لله لا أثر للعبد فيها، ولا هي من صنعته، =

. . . .

. . . .

. . . .

= فالشارع بحكمته وعدله منع من مقابلة هذه الصنعة بزيادة؛ لأن ذلك يفضي إلى نقض ما شرعه من المنع من التفاضل، فإن التفاوت في هذه الأجناس ظاهر، والعاقل لا يبيع جنساً بجنسه إلا لما بينهما من التفاوت، فإن كانا متساويين من كل وجه لم يفعل ذلك، فلو جوّز لهم مقابلة الصفات بالزيادة لم يُحرِّم عليهم ربا الفضل.

وذهب بعض أهل العلم كشيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم: إلى جواز التفاضل وعدم اشتراط التساوي في الحلي إذا بيع بغير الحلي. (الاختيارات ص ١٢٧، وإعلام الموقعين ٢/ ١٤٠).

بدليل:

١ ـ أن النصوص الواردة عن النبي ﷺ ليس فيها ما هو صريح في المنع، وغايتها أن تكون عامة أو مطلقة، ولا ينكر تخصيص العام وتقييد المطلق بالقياس الجلي ـ القياس الجلي ما سيذكرونه في استدلالهم الآتي ـ وهو بمنزلة نصوص وجوب الزكاة في الذهب والفضة، والجمهور يقولون: لم تدخل في ذلك الحيلة.

٢ ـ أن الحلية المباحة صارت بالصنعة المباحة من جنس الثياب والسلع لا من جنس الأثمان، كما لا تجب فيها الزكاة، فلا يجري الربا بينهما وبين الأثمان، كما لا يجري بين الأثمان وبين سائر السلع، وإن كانت من غير جنسها، فإن هذه بالصناعة قد خرجت عن مقصود الأثمان وأعدت للتجارة.

٣ ـ أن الناس في عهد النبي ﷺ كانوا يتخذون الحلية ويتصدقون بها، وكان النبي ﷺ يعطيها للمحتاج ويعلم أنه يبيعها، ومعلوم قطعاً أنها لا تباع بوزنها فإنه سفه، ومعلوم أن مثل الحلقة والفتخة والخاتم لا تساوي ديناراً، =

. . . .

. . . .

النبي ﷺ: «**لا، حتى تميز بينهما**»، قال: فردّه حتى ميّز بينهما[1]، فإن كان

= ولم يكن عندهم فلوس يتعاملون بها، وهم كانوا أتقى لله وأفقه في دينه وأعلم بمقاصد رسوله من أن يرتكبوا الحيل أو يعلموها الناس.

٤ ـ أنه لا يعرف عن أحد من الصحابة أنه نهى أن يباع الحلي إلا بغير جنسه أو بوزنه، والمنقول عنهم إنما هو في الصرف.

٥ ـ أن تحريم ربا الفضل إنما كان سداً للذريعة، وما حرم سداً للذيعة أبيح للمصلحة الراجحة، كما أبيحت العرايا من ربا الفضل، وتحريم الذهب والحرير على الرجال لسد ذريعة التشبه بالنساء الملعون فاعله، وأبيح منه ما تدعو إليه الحاجة، وكذلك ينبغي أن يباح بيع الحلية المصوغة صياغة مباحة بأكثر من وزنها؛ لأن الحاجة تدعو إلى ذلك. (انظر: إعلام الموقعين ٢/ ١٤٠).

والأقرب: هو قول جمهور أهل العلم.

لحديث فضالة بن عبيد قال: أتي النبي ﷺ بقلادة فيها ذهب وخرز، ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير فقال النبي ﷺ: «**لا، حتى تُميِّز بينهما**»، قال: فرده حتى ميز بينهما، رواه مسلم.

وفي لفظ لمسلم: فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة، فنزع وحده ثم قال لهم رسول الله ﷺ: «**الذهب بالذهب وزناً بوزن**»، فظاهر الحدث أن النبي ﷺ لم يجعل للصنعة في هذه الحلية أثراً، ونهى عن البيع قبل التمييز والمماثلة في الوزن، فدل على أن الحلي لا يباع بالذهب إلا وزناً، ويحرم التفاضل فيه كالذهب غير الحلي.

(١) أخرجه أبو داود ٣/ ٦٤٧ ـ ٦٥٠ ـ البيوع ـ باب في حلية السيف تباع بالدراهم ـ ح ٣٣٥١، ٣٣٥٢، مسلم ٣/ ١٢١٣ ـ المساقاة ـ ح ٩٠، الترمذي ٣/ ٥٤٧ ـ البيوع ـ باب ما جاء في شراء القلادة ـ ح ١٢٥٥، النسائي ٧/ ٢٧٩ ـ البيوع ـ باب بيع القلادة فيها الخرز ـ ح ٤٥٧٣، أحمد ٦/ ٢١، ابن أبي شيبة =

. . . .

وَلاَ تَمْرٌ بِلاَ نَوَىٰ بِمَا فِيهِ نَوَىٰ

ما مع الربوي يسيراً لا يقصد[١] كخبز فيه ملح بمثله فوجوده كعدمه(١).

(ولا) يباع (تمر بلا نوى بما) أي بتمر (فيه نوى) لاشتمال[٢] أحدهم على ما ليس من جنسه(٢)، وكذا لو نزع النوى ثم باع التمر والنوى بتمر ونوى(٣).

= ٦/ ٥٥ - ح ٢٢٦، ١٤/ ٢٥٨ - ح ١٨٢٩٧، الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ٧٢ - البيوع - باب القلادة تباع بذهب، الدارقطني ٣/ ٣ - البيوع - ح ١، الطبراني في الكبير ١٨/ ٣٠٢ - ح ٧٧٤، ٧٧٥، البيهقي ٥/ ٢٩٣ - البيوع - لا يباع ذهب بذهب.

(١) في كشاف القناع ٣/ ٢٦١: «وما لا يقصد عادة، ولا يباع مفرداً كذهب مموه به سقف دار، فيجوز بيع الدار المموه سقفها بذهب، بذهب، وبدار مثلها سقفها مموه بذهب؛ لأن الذهب في السقف غير مقصود، وكذا ما لا يؤثر في كيل أو وزن فيما بيع بجنسه.

لكونه يسيراً كالملح فيما يعمل فيه كخبز وجبن، وكحبات الشعير في الحنطة... فيجوز بيع رغيف برغيف مثله... وكذا إن كان غير المقصود كثيراً إلا أنه لمصلحة المقصود، كالماء في خل التمر، وخل الزبيب، ودبس التمر... فيجوز بيع خل التمر بخل التمر...».

(٢) فانتفى التساوي المشترط شرعًا، أوجهلاً، والجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل.

(٣) فصار كمسألة مُد عجوة ودرهم؛ لأن تبعية النوى للتمر قد زالت.

---

[١] في/ س بزيادة لفظ: (خبز).

[٢] في/ س بلفظ: (لاشتماله).

وَيُبَاعُ النَّوىٰ بِثَمَرٍ فِيهِ نَوىٰ، وَلَبَنٌ وَصُوفٌ بِشَاة ذَاتِ لَبَنٍ وَصُوفٍ، أو بتمر، ومَرد الوَزْنِ لِعُرفِ مَكَّةَ زَمَنَ النَّبِي ﷺ ،

(**ويباع النوى بتمر فيه نوى**[١]، و) يباع (**لبن و**) يباع (**صوف بشاة ذات لبن وصوف**)؛ لأن النوى في التمر واللبن والصوف في الشاة غير مقصود[٢] كدار مموه سقفها بذهب صح[٣]، وكذا درهم فيه نحاس[٤] بمثله، أو بنحاس[٥] ونخلة عليها تمر بمثلها أو بتمر[٦].

ويصح بيع نوعي جنس بنوعيه أو نوعه كحنطة حمراء وسوداء ببيضاء[١] وتمر معقلي وبرني بإبراهيمي[٢] وصيحاني[٧].

(**ومرد**) أي مرجع الكيل لعرف المدينة على عهده ﷺ.

ومرجع[٣] (**الوزن لعرف مكة زمن النبي ﷺ**) لما روى عبد الملك بن

---

(١) متساويًا، ومتفاضلاً، وإن باع تمرًا منزوع النوى بتمر منزوع النوى جاز؛ للتساوي.
(٢) ولا يقابله شيء من الثمن، فلا أثر له، أشبه الملح في الخبز، وتقدم.
(٣) لأنه غير مقصود بالبيع.
(٤) أي يصح بيع درهم فيه نحاس بدرهم فيه نحاس لأنه غير مقصود.
(٥) أي يصح بيع درهم فيه نحاس، بنحاس.
(٦) لأن الربوي في ذلك غير مقصود بالبيع.
(٧) إذا تساويا في الكيل، ولا تعتبر الجودة؛ لأن الشارع اعتبر المثلية، ولابد من الحلول والتقابض.

---

[١] في/ م بلفظ: (ببعضنا).
[٢] في/ ف، م بلفظ: (بإبراهيم).
[٣] في/ س بلفظ: (ويرجع).

. . . .

عمير عن النبي ﷺ : «**المكيال مكيال مكة، والميزان ميزان مكة**»[1]. . . . . . .

(١) فالمذهب، ومذهب الشافعية:

أن كل ما كان مكيلاً على عهد النبي ﷺ فهو مكيل إلى يوم القيامة، فلا يصح التبادل به إلا كيلاً، كالأصناف الأربعة؛ البر والشعير والتمر والملح، وكل موزون على عهد النبي ﷺ فهو موزون إلى يوم القيامة، فلا يصح التبادل به إلا وزنًا كالذهب والفضة، (الإنصاف ٥/ ٣٨، والمبدع ٤/ ١٤٧)؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنه: «**المكيال مكيال المدينة والميزان ميزان مكة**»، رواه أبو داود والنسائي والبيهقي، وهو صحيح؛ لأن ما كان مكيلاً بالحجاز في زمنه ﷺ انصرف التحريم في تفاضل الكيل إليه، فلا يجوز أن يتغير بعد ذلك وهكذا الموزون.

ونوقش: بالمنع من أن يكون هذا هو المراد بالحديث، بل معناه: أنه يرجع عند الاختلاف في الكيل إلى مكيال المدينة، وعند الاختلاف في الوزن إلى ميزان مكة. (نيل الأوطار ٦/ ٣٥٠).

وقيل: بل معنى «**المكيال مكيال المدينة، والميزان ميزان مكة**»: أي الصاع الذي يتعلق به وجوب الكفارات وصدقة الفطر وتقدير النفقات يكون بعياره، والوزن الذي يتعلق به حق الزكاة في النقود وزن أهل مكة. (معالم السنن ٥/ ١٣).

وما لم يكن موجوداً في مكة والمدينة فيرجع في تحديد معياره إلى العرف في موضعه، فإن كان مكيلاً فهو مكيل وإن كان موزونًا فهو موزون.

والقول الثاني: المردّ إلى الكيل والوزن في الأصناف الستة التي ذكرها النبي ﷺ، وما عدا ذلك يرجع فيه إلى العرف، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وهذا القول أحوط.

وقيل: إن المرجع في جميع ذلك إلى العرف مطلقًا؛ لأن النص على =

. . . .

وَمَا لاَ عُرْفَ لَهُ هُنَاكَ، اعْتُبِرَ عُرْفُهُ فِي مَوْضِعِهِ

. . . .(١).

(وما لا عرف له هناك) أي بالمدينة ومكة **(اعتبر عرفه في موضعه)** لأن ما لا عرف له في الشرع يرجع فيه إلى العرف كالقبض والحرز، فإن اختلفت البلاد اعتبر الغالب(٢)، فإن لم يكن رد إلى أقرب[١] ما يشبهه

= الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت لمكان العادة فيه، فكانت المنظور إليها، وقد تبدلت تلك العادة، فيجب أن يكون الحكم على وفاق ذلك، أي يتبدل الحكم، وهذا رواية عن أبي يوسف، وهو المفتى به عند الحنفية. (البناية ٦/ ٥٤١، وحاشية ابن عابدين ٥/ ١٧٦).

(١) أخرجه أبو داود ٣/ ٦٣٣ ـ البيوع ـ باب في قول النبي ﷺ المكيال مكيال المدينة ـ ح ٣٣٤٠، النسائي ٥/ ٥٤ ـ الزكاة ـ باب كم الصاع ـ ح ٢٥٢٠، ٧/ ٢٨٤ ـ البيوع ـ باب الرجحان في الوزن ـ ح ٤٥٩٤، الطحاوي في مشكل الآثار ٢/ ٩٩، الطبراني في الكبير ١٢/ ٢٩٣ ـ ح ١٣٤٤٩، أبو نعيم في الحلية ٤/ ٢٠، ابن حزم في المحلى ٥/ ٢٤٤ ـ ٢٤٥، ١١/ ٣٥٣، البيهقي ٤/ ١٧٠ ـ الزكاة ـ باب ما دل على أن زكاة الفطر إنما تجب صاعًا، ٦/ ٣١ ـ البيوع ـ باب أصل الوزن والكيل بالحجاز، البغوي في شرح السنة ٨/ ٦٩ ـ البيوع ـ باب المكيال والميزان ـ ح ٢٠٦٣ ـ من طريق سفيان الثوري عن حنظلة ابن أبي سفيان الجمحي عن طاوس عن ابن عمر.

الحديث صحيح صححه ابن حبان والدارقطني وابن حزم والنووي وأبو الفتح القشيري. انظر: التلخيص الحبير ٢/ ١٧٥.

(٢) أي فإن اختلفت البلاد في معيار ما لم يكن له عرف بالحجاز، اعتبر الغالب منها.

---

[١] في/ س بلفظ: (قرب).

. . . .

بالحجاز[١].

وكل مائع مكيل[٢]، ويجوز التعامل بكيل لم يعهد[٣].

* * *

---

(١) أي إن لم يكن للمبيع عرف غالب، رد إلى أقرب الأشياء شبهاً به بالحجاز.

(٢) كاللبن، والعسل وسائر الأدهان، وغير ذلك، وهذا هو المذهب؛ لحديث أنس رضي الله عنه قال: «كان رسول الله ﷺ يتوضأ بالمد، ويغتسل بالصاع»، متفق عليه. (الفروع ٤/ ١٥٤، والإنصاف ٥/ ٤٠).

وعند شيخ الإسلام: إذا كان الربوي لا يختلف وزنًا أو كيلاً، فتصح بالكيل والوزن. (الاختيارات ص ١٢٨).

(٣) بذلك المكان؛ لعدم المانع.

* * *

. . . .

فَصْلٌ

وَيُحَرَمُ رِبَا النَسِيئَةِ فِي بَيْعِ كُلِّ جِنْسَيْنِ اتَفَقَا فِي عِلَةِ رِبا الفَضْلِ

فصل(١)

(ويحرم ربا النسيئة)(٢) من النساء بالمد، وهو التأخير **(في بيع كل جنسين اتفقا في علة ربا الفضل)**(٣).

---

(١) أي في أحكام ربا النسيئة، لما فرغ المؤلف من الكلام على أحكام ربا الفضل شرع في أحكام ربا النسيئة. (حاشية ابن قاسم ٤/ ٥١٨).

(٢) بالكتاب والسنة والإجماع.

فالكتاب: قوله تعالى: ﴿**وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا**﴾، وقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً**﴾.

وأما السنة: فحديث أسامة بن زيد رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**لا ربا إلا في النسيئة**»، متفق عليه، ولحديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه، وتقدم في أول باب الربا.

وأما الإجماع: قال ابن المنذر في الإجماع ص (١١٧): «وأجمعوا على أن الستة الأصناف متفاضلاً يداً بيد، ونسيئة لا يجوز تأخرهما، وهو حرام».

وانظر: الإفصاح ١/ ٣٢٦.

(٣) والضابط لهذا (أنه إذا بيع ربوي بربوي آخر، واتفقا في علة ربا الفضل - وتقدم بيانها أول باب الربا - فإن اتحدا في الجنس اشترط شرطان: التماثل، والحلول والتقابض.

. . . .

لَيْسَ أَحَدُهُمَا نَقْدًا

وهي[١] الكيل أو الوزن(١) (**ليس أحدهما**) [أي][٢] أحد الجنسين (**نقدًا**)(٢)، فإن كان أحدهما نقدًا كحديد بذهب أو فضة جاز النساء(٣)، وإلا لانسد باب السلم في الموزونات غالبًا(٤)، إلا صرف فلوس نافقة(٥) بنقد فيشترط فيه الحلول والقبض، واختار ابن عقيل وغيره(٦) لا، وتبعه في «الإقناع»(٧).

= وإن اختلف الجنس اشترط: الحلول والتقابض فقط - إلا ما استثناه المؤلف على المذهب).

(١) وهذا هو المذهب ومذهب أبي حنيفة: أن علة ربا الفضل في الذهب والفضة: الوزن، وفي الأصناف الأربعة الباقية: الكيل وتقدم بحث هذه المسألة في أول باب الربا.

(٢) أي ذهبًا أو فضة، وهذا بناء على المذهب أن العلة في الذهب والفضة الوزن، وعلى القول بأن العلة في الذهب والفضة الثمنية لا حاجة إلى الاستثناء؛ لعدم جريان الربا في الموزونات التي ليست ثمنًا.

(٣) لأن الشرع أرخص في السلم، والأصل في رأس مال السلم الدراهم والدنانير. (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٩٧).

(٤) قيدوه بالأغلبية؛ لأنه يمكن السلم بغيره. (حاشية العنقري ٢/ ١١٧).

(٥) إلحاقًا لها بالنقد، بخلاف الكاسدة.

(٦) كشيخ الإسلام. (الإنصاف مع الشرح الكبير (١٢/ ٩٧).

(٧) الإقناع مع شرحه ٢/ ٢٦٤.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير ١٢/ ٩٨: «فائدة: لو أصرف الفلوس النافقة بذهب أو فضة لم يجز النساء فيهما على الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، ونص عليه وقدمه في المحرر والفروع والرعايتين والحاويين =

---

[١] في / م، ف بلفظ: (وهو).

[٢] ساقط من / م، ف.

كَالمَكِيلَيْنِ وَالمَوْزُونَيْنِ، وَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَ القَبْضِ بَطَلَ

(**كالمكيلين والموزونين**) ولو من جنسين(١)، فإذا بيع[١] بر بشعير أو حديد بنحاس(٢) اعتبر الحلول والتقابض قبل التفرق(٣).

(**وإن تفرقا قبل القبض بطل**)(٤) العقد لقوله ﷺ: «**إن اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يدًا بيد**»(٥).

= والفائق.

ونقل ابن منصور: الجواز، واختاره ابن عقيل والشيخ تقي الدين.

قلت: إن قلنا: هي عرض جاز وإلا فلا.

قال في المُذْهَب: يجوز إسلام الدراهم في الفلوس إذا لم تكن ثمنًا، ويجوز إذا كانت ثمنًا» اهـ.

(١) وتقدم الضابط لهذا قريبًا وهو: (أنه إذا بيع ربوي بآخر من غير جنسه واتفقا في علة ربا الفضل اشترط الحلول والتقابض).

(٢) بناء على أن العلة في الذهب والفضة الوزن، فيكون الحديد والنحاس ربويين، وتقدم قريبًا.

وعلى القول بأن العلة في الذهب والفضة الثمنية لا يكون الحديد والنحاس من الأموال الربوية.

(٣) قال في الإفصاح ١/ ٣٢٧: «واتفقوا على أنه لا يجوز بيع التمر بالملح، والملح بالتمر نساء على الإطلاق».

(٤) وكذا إن تفرقا قبل قبض الكل بطل العقد فيما لم يقبض.

(٥) هذا جزء من حديث عبادة بن الصامت رواه عنه أبو الأشعث الصنعاني وقد سبق تخريجه.

---

[١] في/ ف، هـ بلفظ: (ابيع).

وَإِنْ بَاعَ مَكِيلاً بِمَوْزُونٍ جَازَ التَّفَرُّقُ قَبْلَ القَبْضِ وَالنَّسَاءِ، وَمَا لاَ كَيْلَ فِيهِ وَلاَ وَزْنَ كَالثِّيَابِ وَالحَيَوانِ، يَجُوزُ فِيهِ النَّسَاءُ

والمراد به القبض[(1)]، (**وإن باع مكيلاً بموزون**) أو عكسه (**جاز التفرق قبل القبض و**) جاز (**النساء**)[(2)]؛ لأنهما لم يجتمعا في أحد وصفي علة ربا الفضل[(3)] أشبه الثياب بالحيوان.

(**وما**[1] **لا كيل فيه ولا**[2] **وزن، كالثياب والحيوان يجوز فيه النساء**)[(4)]؛ لأمر النبي ﷺ عبد الله بن عمرو أن يأخذ على قلائص الصدقة

---

(١) أي قوله ﷺ: «**يدًا بيد**».

(٢) والضابط لهذا: (أنه إذا بيع ربوي بربوي آخر مما لا يساويه في العلة فإنه لا يشترط التساوي ولا الحلول والتقابض).

فيصح البيع متفاضلاً وجزافًا ومؤجلاً، مثل: بر بذهب، وشعير بفضة، وهكذا.

(٣) تقدم أول الباب بيان علة ربا الفضل.

(٤) والضابط لهذا (عند مبادلة مال ربوي بمال غير ربوي فإنه لا يشترط التساوي، ولا الحلول والتقابض)، فثوبان بثوب مؤجل يصح.

وكذا (عند مبادلة ربوي بغير ربوي لا يشترط شيء لا التساوي، ولا الحلول والتقابض)، فثوبان بصاع بر مؤجل يصح، وهكذا.

مسألة: بيع الأعيان غير الربوية:

فالمذهب ومذهب الشافعية: أن الأعيان غير الربوية يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً ونسيئة، فيجوز بيع ثوبين بثوب واحد إلى أجل وهكذا؛ لما استدل به المؤلف. =

---

[١] في/ ف بلفظ: (ولا ما لا).

[٢] في/ س بلفظ: (فلا وزن).

. . . .

فكان يأخذ البعير بالبعيرين[١] إلى إبل الصدقة، رواه أحمد والدارقطني وصححه(١).

= ولما ورد أن عليًا رضي الله عنه «باع بعيرًا بعشرين بعيرًا إلى أجل». أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٦٥٢، والبيهقي في السنن ٦/ ٢٢.

وأخرجه البيهقي في السنن ٦/ ٢٢ عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: «أن عبد الله بن عمر اشترى راحلة بأربعة مضمونة عليه يوفيها صاحبها بالربذة».

وعند الحنفية، وهو رواية عن الإمام أحمد: لا يجوز بيع الشيء بجنسه نسيئة؛ لحديث سمرة بن جندب رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة». رواه أبو داود والترمذي وقال: حسن صحيح.

لكنه من رواية الحسن عن سمرة، والإمام أحمد لا يصحح رواية الحسن عن سمرة، قاله الأثرم، ولأن الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل فحرم النساء كالكيل والوزن.

وعند المالكية: يحصل الربا في غير الأعيان الربوية من العروض والحيوانات إذا اجتمعت ثلاثة أوصاف: التفاضل، والنسأ، واتفاق المنافع والأغراض، فلا يجوز بيع ثوب إلى ثوبين إلى أجل، وكذا بيع فرس للركوب بفرسين للركوب إلى أجل، فإن كان أحدهما للركوب دون الآخر جاز لاختلاف المنافع.

(انظر: فتح القدير ٥/ ٢٨٠، والاختيار ٢/ ٣١، والقوانين الفقهية ص ٢٦٠، والمهذب ١/ ٢٧١، والمغني ٦/ ٦٦، والإنصاف مع الشرح ١٢/ ١٠٣).

(١) أخرجه أحمد ٢/ ١٧١، ٢١٦، أبو داود ٣/ ٦٥٣ ـ البيوع ـ ح ٣٣٥٧، الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ٦٠ ـ البيوع ـ باب استقراض الحيوان، =

---

[١] في/ ف بلفظ: (بالبعير).

وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الدَّينِ بِالدَّينِ.

وإذا جاز في الجنس الواحد ففي الجنسين أولى[١].

(ولا يجوز بيع الدين بالدين) حكاه ابن المنذر إجماعًا[٢]؛ لحديث «نهى النبي ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ»[٣] وهو بيع ما في الذمة بثمن

= الدارقطني ٣/ ٦٩ ـ ٧٠ ـ البيوع ـ ح ٢٦١ ـ ٢٦٤، الحاكم ٢/ ٥٦ ـ ٥٧ ـ البيوع، البيهقي ٥/ ٢٨٧ ـ ٢٨٨ ـ البيوع ـ باب بيع الحيوان وغيره مما لا ربا فيه بعضه ببعض نسيئة.

الحديث حسن، وصححه البيهقي والحاكم، ولم أقف على تصحيح الدارقطني له في كتابه السنن.

(١) أي فإذا جاز بيع نحو بعير ببعيرين نسيئة مع أنهما جنس واحد، فأولى أن يجوز بيع نحو بعير بنحو شاة نسيئة؛ لكونهما جنسين.

(٢) الإجماع لابن المنذر ص (١١٧).

(٣) أخرجه الدارقطني ٣/ ٧١، ٧٢، الحاكم ٢/ ٥٧ ـ من طريق موسى بن عقبة عن نافع وعبد الله بن دينار عن ابن عمر.

وأخرجه ابن أبي شيبة ٦/ ٥٩٨ ـ البيوع ـ باب من كره أجلاً بأجل ـ ح ٢١٦٩، الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ٢١ ـ البيوع ـ باب بيع المصراة، البيهقي ٥/ ٢٩٠ ـ البيوع ـ باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين، البغوي في شرح السنة ٨/ ١١٣ ـ ح ٢٠٩١، ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه، والبزار في مسانيدهم كما في نصب الراية ٤/ ٤٠ ـ كلهم من طريق موسى بن عبيدة الربذي عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر.

وأخرجه ابن عدي في الكامل في ضعفاء الرجال ٦/ ٢٣٣٥، البيهقي ٥/ ٢٩٠ ـ من طريق موسى بن عبيدة عن نافع عن ابن عمر.

الحديث ضعيف لأن مداره على موسى بن عبيدة الربذي، ووهم من =

. . . .

مؤجل لمن هو عليه[١]، وكذا بحال لم يقبض قبل التفرق وجعله رأس مال سلم[٢].

* * *

= جعله من رواية موسى بن عقبة، قاله البيهقي في السنن.

وقال الدارقطني في العلل وابن عدي في الضعفاء: تفرد به موسى بن عبيدة، قلت: وموسى هذا ضعيف لا يحتج بحديثه، ضعفه أحمد وابن معين وابن عدي والنسائي وغيرهم.

قيل لأحمد: إن شعبة يروي عنه، قال: لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه، وقال أيضًا: لا تحل الرواية عنه ولا أعرف هذا الحديث من غير موسى، وليس في هذا حديث صحيح.

وقال الشافعي: أهل الحديث يوهنون هذا الحديث، ولمزيد من الإيضاح حول ضعف الحديث انظر: العلل المتناهية ٢/ ١١١، نصب الراية ٤/ ٤٠، التلخيص الحبير ٣/ ٢٦.

(١) (٢) انظر: صور بيع الدين في آخر باب السلم.

* * *

. . . .

فَصْلٌ

وَمَتىٰ افْتَرَقَ المُتَصَارِفانِ قَبْلَ قَبْضِ الكُلِّ، أَو البَعْضِ بَطُلَ العَقْدُ فِيمَا لَمْ يُقْبضْ

فصل [١]

(**ومتى افترق المتصارفان**) بأبدانهما كما تقدم في خيار المجلس[٢] (**قبل قبض الكل**) أي كل العوض المعقود عليه في الجانبين[٣] (أو) قبل قبض (**البعض**) منه (**بطل العقد فيما لم يقبض**)[٤] سواء كان الكل أو البعض،

---

(١) أي في الصرف.

والصرف لغة: يأتي بمعان منها: رد الشيء عن وجهه، والإنفاق والبيع، والفضل والزيادة، والتخلية. (المصباح ١/ ٣٣٨، ولسان العرب مادة «صرف»).

وفي الاصطلاح: بيع نقد بنقد اتفق الجنس أو اختلف.

(انظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٣٤، ومغني المحتاج ٢/ ٢٥، وشرح المنتهى ٢/ ٢٠١).

(٢) أي أن التفرق هنا كالتفرق في خيار المجلس، وهو ما لم يتفرقا عرفًا بأبدانهما من مكان البيع، وتقدم في باب الخيار/ خيار المجلس.

(٣) أي جانب البائع، وجانب المشتري.

(٤) لفوات شرطه، وصح فيما قبض لوجود شرطه.

وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم.

وفي قول للمالكية، وهو وجه عند الحنابلة: بطلان العقد في الكل. =

. . . .

لأن القبض شرط لصحة العقد(١) لقوله عليه السلام: «**وبيعوا[١] الذهب بالفضة كيف شئتم يدًا بيد**»(٢).

ولا يضر طول المجلس مع تلازمهما(٣)، ولو مشيا إلى منزل أحدهما

= (فتح القدير ٦/ ٢٦٧، ومواهب الجليل ٤/ ٣٠٦، ونهاية المحتاج ٣/ ٤١٢، وكشاف القناع ٣/ ٢٦٦).

(١) قال ابن المنذر في الإجماع ص (١١٨): «وأجمعوا أن المتصارفين إذا تفرقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد».

لحديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**الذهب بالذهب، والفضة بالفضة.... مثلاً بمثل يدًا بيد**». رواه مسلم.

ولئلا يتخذ التفرق في الصرف قبل القبض ذريعة إلى التأجيل الذي هو أصل باب الربا.

(٢) أخرجه الترمذي ٣/ ٥٣٢ ـ البيوع ـ ح ١٢٤٠، وقال: حديث حسن صحيح، عبد الرزاق ٨/ ٣٤ ـ ح ١٤١٩٣، الشافعي في المسند ص ١٨٠ ـ ١٨١، الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ٤، البيهقي ٥/ ٢٨٢ ـ البيوع ـ باب جواز التفاضل في الجنسين، البغوي في شرح السنة ٨/ ٥٦ ـ البيوع ـ باب بيان مال الربا وحكمه ـ ح ٢٠٥٦، النسائي ٧/ ٢٧٤ ـ البيوع ـ باب بيع البر بالبر ـ ح ٤٥٦٠، ٤٥٦١ ـ من حديث عبادة بن الصامت.

وأخرجه البخاري ٣/ ٣٠، ٣١ ـ البيوع ـ باب بيع الذهب بالذهب، وباب بيع الذهب بالورق يدًا بيد، مسلم ٣/ ١٢١٣ ـ المساقاة ـ ح ٨٨ ـ من حديث أبي بكرة.

(٣) وهذا قول جمهور أهل العلم؛ لانعدام التفرق بالأبدان.

وعند المالكية: يحرم صرف مؤخر إن كان التأخير. (المصادر الآتية).

---

[١] في/ س بلفظ: (ويبيعوا).

وَالدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فِي العَقْدِ، فَلا تُبَدَّلُ وإِنْ وَجَدَهَا مَغْصُوبَةً بَطُلَ

مصطحبين صح[1]، وقبض الوكيل قبل مفارقة موكله المجلس كقبض موكله[2]، ولو مات أحدهما قبل القبض فسد العقد[3].

(**والدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد**)[4] لأنها عوض مشار إليه في العقد، فوجب أن تتعين كسائر الأعواض (**فلا تبدل**) بل يلزم

---

(١) وهذا قول جمهور أهل العلم؛ أو تماشيا إلى الصراف فتقابضا عنده صح، وتقدم قول المالكية.
(بدائع الصنائع ٥/ ٢١٥، وفتح القدير ٦/ ٢٥٩، وجواهر الإكليل ٢/ ١٠، والشرح الصغير ٣/ ٤٩، ومغني المحتاج ٢/ ٢٢، وكشاف القناع ٣/ ٢٦٦).

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، لأن قبض الوكيل كقبض موكله.
وعند المالكية: لو وكل غيره في القبض بطل الصرف؛ لأنه مظنة التأخير. (المصادر السابقة).

(٣) فيما لم يقبض؛ لعدم تمام القبض؛ لأن القبض هنا كالقبول في البيع. (حاشية العنقري ٢/ ١٢١).

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية والشافعية؛ لما علل به المؤلف ولأن للمتبايعين غرضا في التعيين، فلابد أن يكون له أثر.
وعند الحنفية: أنها لا تتعين بالتعيين؛ لأن الثمن في اللغة اسم لما في الذمة كما نقل عن الفراء، فلم يكن محتملاً للتعيين بالإشارة.
(فتح القدير ٥/ ٤٦٨، وحاشية ابن عابدين ٤/ ٢٤٤، وجواهر الإكليل ٥/ ١٣، والشرح الصغير ٣/ ٢٥٨، والمهذب ١/ ٢٦٦، وكشاف القناع ٣/ ٢٧٠).

....

وَمعِيبةً مِنْ جنْسِهَا أَمْسَكَ

تسليمها إذا طولب بها لوقوع العقد على عينها(١) .

(وإن وجدها مغصوبة بطل)(٢) العقد كالمبيع إذا ظهر مستحقًا، وإن تلفت قبل القبض فمن مال بائع(٣)، إن لم تحتج[١] لوزن أو عد(٤) .

(و) إن وجدها (معيبة[٢] من جنسها) كالوضوح(٥) في الذهب والسواد في الفضة(٦) (أمسك) بلا أرش إن تعاقدا على مثلين كدرهم فضة

---

(١) كهذا الدينار بهذه الدراهم، وهذا بناء على أنها تتعين بالتعيين.
وعند الحنفية: يجوز إبدالها، ولا يلزم عينها.
(٢) وهذا قول جمهور أهل العلم، بناء على أنها تتعين بالتعيين.
وعند الحنفية: لا يبطل العقد بخروجها مغصوبة. (المصادر السابقة).
وفي حاشية العنقري ٢/ ١٢٢: «قوله: «بطل العقد»، أي عقد البيع، وما بمعناه كصداق، وعوض وعتق، وخلع، وما صولح به عن دم عمد أو غيره».
(٣) في حاشية العنقري ٢/ ١٢٢: «في قوله: «فمن مال بائع قصور»، فلو قال: فمن مال من صارت إليه كما عبر به غيره لكان أولى».
(٤) فإن احتاجت إلى وزن أو عد فمن ضمان باذل. (المصدر السابق).
(٥) أي البياض. (المصباح ٢/ ٦٦٢).
(٦) وكالخشونة، أو كونها تتفطر عند الضرب، أو كون سكتها مخالفة لسكة السلطان.

---

[١] في/ م، ف بلفظ: (يحتج).
[٢] في / س بلفظ: (معيبًا)، وفي/ م، ف بلفظ: (معينه).

أَوْ رَدَّ، وَيَحْرُمُ الرِّبَا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْحَرْبِي، وَبَيْنَ الْمُسْلِمِين مُطْلَقًا بِدَارِ إِسْلَامٍ، أَوْ حَرْبٍ

بمثله(١) وإلا فله أخذه في المجلس(٢)، وكذا بعده من غير الجنس(٣).

(أو رد) العقد للعيب(٤)، وإن وجدها[١] معيبة من غير جنسها كما لو وجد الدراهم نحاساً(٥) بطل العقد لأنه باعه غير ما سمي له.

(**ويحرم الربا بين المسلم والحربي**) بأن يأخذ المسلم زيادة من الحربي(٦) لعموم ما تقدم من الأدلة(٧).

(و) يحرم الربا (**بين المسلمين مطلقًا بدار إسلام وحرب**) لما تقدم[٢]،

---

(١) وكدينار بدينار.
(٢) في حاشية العنقري ٢/ ١٢٢: «أي وإلا يتعاقدا على مثلين، فله أخذ الأرش بعد المجلس، لكن من غير جنسهما، كأخذ بر، أو شعير أو غيرهما».
(٣) في حاشية العنقري ٢/ ١٢٢: «أي وكذا له أخذ الأرش إذا كان بعد المجلس من غير الجنس كمن بر أو شعير؛ لعدم اشتراط التقابض في ذلك».
(٤) لأن لمن صار إليه المعيب الخيار بين الرد والإمساك، ومتى رد بطل العقد، وليس له أخذ بدله، لوقوع العقد على عينه.
(٥) أو رصاصًا. (كشاف القناع ٣/ ٢٧١).
(٦) في الإفصاح ١/ ٣٢٩: «واتفقوا على أنه يحرم على المسلمين الربا في دار الحرب كما يحرم عليهم في دار الإسلام، لا فرق بينهما في التحريم، إلا أبا حنيفة فإنه قال بالفرق بين الدارين في التحريم، وقال: يحل للمسلم ذلك مدة كونه في دار الحرب خاصة».
(٧) من أدلة تحريم الربا أول الباب.

---

[١] في/ س بلفظ: (وجده).
[٢] من الأدلة الدالة على تحريم الربا/ أول الباب.

. . . .

إلا بين سيد ورقيقه[١] (١)، وإذا كان له على آخر دنانير فقضاه [دراهم][٢] شيئًا فشيئًا(٢)، فإن كان يعطيه كل درهم بحسابه من الدينار صح(٣).

وإن لم يفعل ذلك ثم تحاسبا بعد فصارفه بها وقت المحاسبة(٤) لم يجز لأنه بيع دين بدين وإن قبض أحدهما من الآخر ماله عليه ثم صارفه بعين وذمة صح(٥).

* * *

---

(١) ولو كان الرقيق مدبرًا، أو أم ولد؛ لأن المال كله للسيد.

(٢) أي قضاه دراهم متفرقة ليس دفعة واحدة.

(٣) بأن يقول: هذه الدراهم مثلاً عن عشرة، وهذان الدرهمان عن دينار، كل شيء منها بما يقابله، صح الصرف.

(٤) أي وإن أعطاه الدراهم مع السكوت، ثم حاسبه بعد ذلك، فصارفه بها وقت المحاسبة لم يصح.

(٥) أي وإن قبض أحد المتصارفين من الآخر ماله عليه، ثم صارفه «بعين» أي معين كهذا الدينار فهو معين، و«ذمة» وهو ما ليس بمعين كعشرة دراهم في الذمة صح.

كأن يكون لزيد على عمرو دينار، فيقضيه عمرو دراهم شيئًا فشيئًا، ولم يحسب عليه كل درهم بحسابه من الدينار، فلما تمت مقابلة الدينار من الدرهم أخذ عمرو من زيد الدراهم، فقال: هذه عما في ذمتك من الدينار، فيكون مصارفًا له بعين وذمة.

* * *

---

[١] في/ ف بلفظ: (ورقيق).

[٢] ساقط من/ ف.

بَابٌ

إذا باع دارًا

باب بيع الأصول والثمار(١)

الأصول جمع أصل، وهو ما يتفرع عنه[١] غيره.

والمراد هنا الدور والأرض و الشجر(٢)، [والثمار][٢] جمع ثمر[٣] كجبل وجبال وواحد الثمر ثمرة(٣).

(إذا باع دارًا) أو وهبها أو رهنها أو وقفها أو أقر أو أوصى[٤] بها

---

(١) أي هذا باب يذكر فيه حكم بيع الأصول، وبيع الثمار، وما يتعلق بذلك. وأفرد المؤلف بيع الأصول والثمار بباب مستقل؛ لأن لها أحكامًا تنفرد بها.

(٢) في المطلع ص (٢٤٢): «الأصول: جمع أصل، وهو ما يتفرع غيره عليه، وقيل: هو المحتاج إليه، وقيل غير ذلك.
والأصول هنا: ـ أي المراد بها هنا ـ الأشجار والأرضون».
والشجر من النبات: ما قام على ساق، أو سما بنفسه دق أو جل».

(٣) في المطلع ص (٢٤٢): «والثمار: جمع ثمر كجبل وجبال، وواحد الثمر: ثمرة، وجمع الثمار: ثُمُر ككتاب وكُتُب، وجمع الثمر أثمار كعنُق وأعناق، فثمرة، ثم ثَمَر، ثم ثمار، ثم ثُمُر، ثم أثمار هو رابع حمل».
والثمر: ما تحمله الأشجار، وما يجنى منها.

---

[١] في/ ط بلفظ: (عليه).

[٢] ساقط من / ش.

[٣] في/ م، ف بلفظ: (ثمره).

[٤] في/ س، هـ، م، ف بلفظ: (وصى).

شَمَلَ أَرْضَهَا وَبِنَاءَهَا وَسَقْفَهَا، وَالبَابَ المَنْصُوبَ، وَالسُّلَّمَ والرَّفَ المُسَمَّرَينِ

(شمل) العقد (أرضها)[(١)] أي إذا كانت الأرض يصح بيعها[(٢)]، فإن لم يجز كسواد العراق فلا[(٣)].

(و) شمل (بناءها وسقفها) لأنهما داخلان في مسمى الدار[(٤)]، (و) شمل (الباب المنصوب)[(٥)] وحلقته (والسلم[(٦)] والرف[(٧)] المسمرين[١]

---

(١) وهذا باتفاق الأئمة.

(انظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٣، ومنح الجليل ٢/ ٧٢٥، ونهاية المحتاج ٤/ ١٢٧، وشرح المنتهى ٢/ ٢٠٧).

(٢) وذلك بأن لم تكن موقوفة، ونحوه.

(٣) أي فلا يشمل العقد أرض الدار المبيعة، ونحوه.

وتقدم عند قول المؤلف: «ولا يباع غير المساكن مما فتح عنوة كأرض الشام ومصر والعراق...». صحة بيع أرض العراق والشام ونحوها.

(٤) باتفاق الأئمة. (المصادر السابقة).

(٥) باتفاق الأئمة، لأنه متصل بها لمصلحتها. (المصادر السابقة).

(٦) في المطلع ص (٢٤٢): «بضم السين وفتح اللام وهو المرقاة والدرجة عن ابن سيده، قال: ويذكر ويؤنث»، وفي حاشية العنقري ٢/ ١٢٤: «وهو من السلامة تفاؤلاً».

(٧) في المصباح ١/ ٢٣٣: «قال الفارابي: شبه الطاق، والرف المستعمل في البيوت معروف، قال ابن دريد: عربي، والجمع: رفوف، ورفاف» اهـ. يجعل عليه طرائف البيت. (حاشية ابن قاسم ٤/ ٥٣٢).

---

[١] في/ ط، هـ بلفظ: (المسمورين).

وَالخَابِيةَ المَدْفُونةَ دُونَ

والخابية المدفونة)(١) والرحى المنصوبة(٢)؛ لأنه متصل بها لمصلحتها أشبه الحيطان(٣)، وكذا المعدن الجامد[١] (٤)، وما فيها من شجر وعرش(٥) (دون

---

(١) في المطلع ص (٢٤٢): «والخوابي واحدتها خابية، قال الجوهري: وهو الحبُّ الذي هو الزير، وأصله الهمز إلا أن العرب تركت همزه». فإن لم تكن مدفونة فلا يشملها العقد، وكذا الأجرنة إن لم تكن مبنية لا يشملها العقد. (انظر: كشاف القناع ٣/ ٢٧٤).

(٢) في المطلع ص (٢٤٢): «والرحا: هي الطاحونة، وهي مؤنة، والألف منقلبة من الياء، تقول: هما الرَّحيان، تمد فتقول: رحاء ورحاءان، وأرحية، ورحوت الرحا ورحيتها إذا أدرتها» اهـ.

أي وشمل العقد حجر الرحى السفلاني إذا كانت منصوبة وإلا فلا.

(٣) أي لأن ما ذكر ونحوه متصل بالدار لمصلحتها، فشمله العقد أشبه شمول العقد للحيطان.

(٤) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ١٤٣: «فإن كان في الأرض معادن جامدة كمعادن الذهب والفضة ونحوها دخلت في المبيع وملكت بملك الأرض التي هي فيها؛ لأنها من أجزائها فهي كأحجارها، ولكن لا يباع معدن الذهب بذهب، ويجوز بيعها بغير جنسها، وإن ظهر في الأرض معدن لم يعلم به البائع فله الخيار؛ لأنه زيادة لم يعلم بها، فأشبه ما لو باعه ثوبًا على أنه عشرة أذرع فبان أحد عشر؛ هذا إذا كان قد ملك الأرض بإحياء أو إقطاع. . . .، وإن كان البائع ملك الأرض بالبيع احتمل أن لا يثبت له خيار؛ لأن الحق لغيره وهو المالك الأول.

واحتمل أن يثبت له الخيار كما لو اشترى معيبًا، ثم باعه ولم يعلم عيبه فإنه يستحق الرد وإن كان قد باعه مثل ما اشتراه» اهـ.

(٥) في حاشية العنقري عن ابن فيروز ٢/ ١٢٥: «وعرش: جمع عريش وهو الظلة، أو ما يحمل عليه الكرم، قال في القاموس: العنب على العريش».

---

[١] في/ ف بلفظ: (الجاهل).

مَا هُوَ مُودَعٌ فِيهَا مِنْ كَنْزٍ، وَحَجَرٍ وَمُنفَصِلٍ مِنْهَا كَحَبلٍ وَدَلْوٍ وَبَكَرَةٍ وقُفْلٍ وَفُرُشٍ ومِفْتَاحٍ

ما هو مودع(١) **فيها من كنز)** وهو المال المدفون **(وحجر)** مدفون(٢) **(ومنفصل [منها][١] كحبل ودلو وبكرة وقفل**(٣) **وفرش ومفتاح)**(٤)

---

(١) للنقل.

(٢) لأنه مودع فيها للنقل أشبه الستر والفرش.

(٣) في المطلع ص (٢٤٣): «البكرة: التي يستقى عليها بسكون الكاف وفتحها لغة حكاها صاحب المشارف.

والقفل: بضم القاف الآلة المعروفة، وبالفتح الفعل، يقال: قفل الباب وأقفله، وهي إغلاقه».

وفي المصباح ١/ ٥٩: «والبكرة التي يستقى عليها بفتح الكاف فتجمع على بَكَر مثل قصبة وقصب، وتسكن فتجمع على بكرات مثل سجدة وسجدات». وهي المحالة.

قالوا: لانفصالها من الدار، ولا يتناولها البيع أشبهت الثياب والطعام إلا إن كان هناك عرف مطرد، أو شرط.

(٤) في الإنصاف مع الشرح الكبير ١٢/ ١٤١: «قوله: إلا ما كان من مصالحها كالمفتاح وحجر الرحى فعلى وجهين:

أحدهما: لا يدخل - أي في البيع - وهو المذهب - لأنه منفصل عنها فأشبه القفل والدلو ونحو ذلك -.

والوجه الثاني: يدخل - أي في البيع - صححه في التصحيح، وجزم به الوجيز - لأنه لمصلحتها فأشبه المنصوب فيها -.

وقيل: يدخل في المبيع المفتاح، ولا يدخل الحجر الفوقاني. جزم به ابن عبدوس في تذكرته» اهـ.

وعند جمهور أهل العلم: أن الغلق المثبت يدخل مفتاحه في البيع.

---

[١] ساقط من/ ف.

وَإِنْ بَاعَ أَرْضًا وَلوْ لَمْ يَقُلْ بِحُقُوقِهَا شَمِلَ غَرْسَهَا وَبِنَاءَهَا

ومعدن جار، وماء نبع(١) وحجر رحى فوقاني لأنه غير متصل بها، واللفظ لا يتناوله(٢) ولو كانت الصيغة المتلفظ بها الطاحونة أو المعصرة دخل الفوقاني كالتحتاني(٣).

(**وإن باع أرضًا**) أو وهبها أو وقفها أو رهنها أو أقر أو أوصى[١] بها(٤) (**ولو لم يقل بحقوقها شمل**) العقد (**غرسها وبناءها**)(٥) لأنهما من

= (انظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٣، ومنح الجليل ٢/ ٧٢٥، ونهاية المحتاج ٤/ ١٢٧).

والأقرب: قول جمهور أهل العلم، وهو الوجه الثاني عند الحنابلة، وعلى هذا فما كان مفردًا تابعًا لمتصل دخل في البيع.

(١) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ١٤٤: «فإن كان فيها بئر أو عين مستنبطة فنفس البئر وأرض العين مملوكة لمالك الأرض، والماء الذي فيها غير مملوك في أصح الروايتين، ولأصحاب الشافعي وجهان كالروايتين، وفي معنى الماء المعادن الجارية في الأملاك كالقار والنفط والمومياء والملح، وكذلك ما ينبت في الأرض من الكلأ والشوك ففي هذا كله روايتان، فإن قلنا: هي مملوكة دخلت في البيع، وإلا لم تدخل».

(٢) وتقدم البحث في دخول الرحى الفوقاني في البيع.

(٣) كأن يقول: بعتك هذه الطاحونة أو المعصرة لتناول اللفظ له.

(٤) أو جعلها صداقًا، أوعوضًا في خلع، أو عتق، أوجعالة، أو تصدق بها، ونحو ذلك.

(٥) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أنه إذا باع أرضًا ولو لم يقل بحقوقها يشمل البيع الغراس والبناء؛ لما علل به المؤلف.

وما كان من حقوقها يدخل فيها بالإطلاق كطرقها ومنافعها. =

---

[١] في/ س، م، ف، هـ بلفظ: (وصى).

وَإِنْ كَانَ فِيهَا زَرْعٌ كَبُرٍّ وَشَعِيرٍ ،فَلِبَائِعٍ مبقي يَجُز .

حقوقها، وكذا - إن باع ونحوه - نسيانًا؛ لأنه اسم للأرض والشجر والحائط(١)، (**وإن كان فيها زرع**) لا يحصد إلا مرة (**كبر وشعير**(٢) **فلبائع**)[١] ونحوه(٣) (**مبقي**)[٢] إلى أول وقت أخذه بلا أجرة ما لم يشترطه مشتر(٤).

= وعند بعض الشافعية وبعض الحنابلة: أنه إذا باع أرضًا ولم يقل بحقوقها لا يدخل البناء والغراس في البيع؛ لأنهما ليسا من الأرض فلا يدخلان في بيعها ورهنها كالثمرة المؤبرة.

ونوقش بالفرق، فالثمرة تراد للنقل، وليست من حقوقها، بخلاف الشجر والبناء. (حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٧، وحاشية الدسوقي ٣/ ١٧٠، ونهاية المحتاج ٤/ ١١٦، وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٠٧).

(١) أي ومثل إن باع أرضًا في الحكم إن باع أو وهب أو وقف أو رهن أو أقر أو أوصى ببستان دخل الغراس والبناء؛ لما علل به المؤلف.

(٢) وأرز ودخن وذرة وقطنيات ونحوها.

(٣) أي كواهب وراهن ومقر وموصي.

(٤) وهذا قول جمهور أهل العلم؛ وهو أنه إذا باع أرضًا وفيها زرع يجز مرة فللمشتري أن يبقيه إلى وقت أخذه؛ لأن الواجب هو التسليم المعتاد، والمعتاد هو وقت الحصاد، ولا أجرة عليه؛ لأن المنفعة حصلت مستثناة للبائع.

وعند الحنفية: يجب القطع وتسليم الأرض إلى المشتري خالية؛ لأن العقد يقتضي تسليم الأرض إلى المشتري عقب العقد، فيجب قطع الزرع وتسليم الأرض خالية منه.

ونوقش: بعدم التسليم؛ لأن العقد مقيد بالعرف.

(تبيين الحقائق ٤/ ١١، والشرح الكبير ٣/ ١٧٠، ومختصر المزني =

---

[١] في/ ط بلفظ: (فللبائع).

[٢] في / س بلفظ: (سقي).

أَوْ يَلْقُطُ مِرَارًا فَأُصُولُهُ لِلْمُشْتَرِي.

(وإن كان) الزرع (يجز) مرارًا كرطبة[1]، ويقول: (أو يلقط مرارًا) كقثاء[2] وباذنجان، وكذا نحو ورد (فأصوله للمشتري)؛ لأنها تراد للبقاء كالشجرة[3].

= ص ٧٩، ونهاية المحتاج ٤/ ١٢٤، والمغني ٦/ ١٣٩).

وعلم من قول المؤلف: «إلى أول وقت أخذه» أنه لا يبقى بعد أول وقت أخذه المعتاد، وإن كان بقاؤه أنفع له إلا برضى المشتري.

وعلم أيضًا من قوله: «ما لم يشترطه مشتر» أنه إذا اشترطه المشتري كان له؛ لعموم قوله ﷺ: «**المسلمون على شروطهم**»، ولا يضر جهله في بيع، ولا عدم كماله؛ لدخوله تبعًا.

(١) في المطلع ص (٢٣٣): «والرَّطْبة بفتح الراء وسكون الطاء: نبت معروف يقيم في الأرض سنين كلما جز نبت وهي القضب أيضًا، وهي الفِصْفِصة بفاءين مكسورتين».

وفي حاشية ابن قاسم ٤/ ٥٣٦: «يعني القت، وقيل: إذا يبست فهي قت».

(٢) في المصباح ٢/ ٤٩٠: «فعال، وهمزته أصلية، وكسر القاف أكثر من ضمها، وهو اسم لما يسميه الناس الخيار، والعَجُّور، والفقوس، الواحدة قثاءة».

(٣) إذا كان في الأرض المبيعة زرع يحصد مرة بعد أخرى، أو يلقط مرة بعد أخرى، فالجزة الظاهرة عند البيع للبائع سواء كان الزرع مما يبقى سنة كالبقول أو أكثر من سنة كالرطبة.

وكذلك إن كان مما تتكرر ثمرته كلما جنيت كالقثاء والخيار والباذنجان، فاللقطة الظاهرة عند البيع للبائع، والأصول للمشتري.

وكذا إن كان مما تقطف زهرته وتبقى عروقه في الأرض كالبنفسج =

والجِزْةُ وَاللُقَطَةُ الظَّاهِرَتَانِ عِنْدَ البَيْعِ لِلْبَائِعِ، وَإِنْ اشْتَرَطَ المُشْتَرِي ذَلِكَ صَحَّ.

(**والجـزة**[1] **واللقطة الظاهرتان عند البيع للبائع**)، وكذا زهر تفتح لأنه كالثمر المؤبر[2] وعلى البائع قطعها في الحال[3].

(**وإن اشترط المشتري ذلك صح**) الشرط وكان له كالثمر[١] المؤبر إذا اشترطه مشتري الشجر[٢][4]، ويثبت الخيار لمشتر ظن دخول ما ليس [له][٣]

= والياسمين والنرجس فأصوله للمشتري، وما تفتح من زهره عند البيع للبائع؛ لأن هذه الأصول جعلت في الأرض للبقاء أشبهت الشجر.

(انظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٥١، والتاج والإكليل ٤/ ٤٩٥، وأسنى المطالب ٢/ ٩٧، والمغني ٦/ ١٤٠).

(١) في المطلع ص(٢٤٣): «الجزة بكسر الجيم: ما تهيأ لأن يجز، عن ابن سيده، والجَزة بالفتح: المرة».

(٢) أي وكما يلقط مرار زهر تفتح عند البيع فهو للبائع؛ لأنه كالثمر المؤبر فأعطي حكمه.

(٣) في كشاف القناع ٣/ ٢٧٧: «في الحال أي على الفور؛ لأنه ليس له حد ينتهي إليه، وربما ظهر غير ما كان ظاهراً فيعسر تمييز حق كل منهما».

وفي حاشية ابن قاسم ٤/ ٥٣٧: «إن كان ينتفع به، وإلا فيبقى كبر وشعير».

(٤) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: «**المسلمون على شروطهم**».

ولا يضر الجهل به أو عدم اكتماله لدخوله تبعًا.

---

[١] في / م بلفظ: (كالتمره).

[٢] في/ س بزيادة لفظ: (الخيار).

[٣] ساقط من / ف.

. . . .

من زرع وثمر[١] كما لو جهل وجودهما[٢]، ولا يشمل بيع قرية مزارعها بلا نص أو قرينة[٣].

* * *

---

(١) إذا كان مثله يجهل ذلك؛ لأنه يفوت عليه منفعة الأرض والشجر عامًا، وإن اختار الإمساك فلا أرش. (كشاف القناع ٣/ ٢٧٨).
وفي حاشية العنقري ٢/ ١٢٦: «وهل يحتاج أن يحلف أنه لا يعلم أنه له؟ الظاهر: أنه يحلف، والقول قوله بيمينه».
(٢) أي كما لو جهل المشتري وجود الزرع والثمر للبائع.
(٣) فالنص: كبعتك القرية بمزارعها.
والقرينة مثل: المساومة على أرضها، أو ذكر الزرع والغراس فيها وذكر حدودها، أو بذل ثمن لا يصلح إلا فيها أو في مزارعها.
(انظر: حاشية العنقري ٢/ ١٢٦، وحاشية ابن قاسم ٤/ ٥٣٧).
مسألة:
إذا بيعت الأرض، وفيها بذر، ولم يكن هناك شرط:
فالمذهب، ومذهب الشافعية: إن كان مما يتكرر جنيه فللمشتري، وإن كان مما يؤخذ مرة واحدة فللبائع مبقى إلى الحصاد، وللمشتري الخيار إن جهل وجوده؛ لأن البذر في الأرض وضع للتبقية، فهو كأصول الشجر.
وعند المالكية: أنه للمشتري مطلقًا؛ لأنه مع عدم التأبير فللمشتري قياسًا على سائر الثمار.
وعند الحنفية: أنه للبائع مطلقًا؛ لأن البذر في الأرض المبيعة عين مودعة فيها كالحجر والمتاع، فلا يدخل في البيع.
(فتح القدير ٦/ ٢٨٥، والشرح الكبير وحاشيته ٣/ ١٧٠، ومغني المحتاج ٢/ ٨٢، والإنصاف ٥/ ٥٩).

. . . .

فصل

وَمَنْ بَاعَ نَخْلاً تَشَقَّقَ طَلْعُهُ فَلِبَائِعٍ مُبقى إِلىٰ

فصل(١)

(**ومن باع**) أو وهب أو رهن[١] (**نخلاً تشقق طلعه**)(٢) ولو لم يؤبر(٣)(٤) (**فـ**) الثمر (**لبائع مبقي**[٢] **إلى**........................

---

(١) أي في بيع الثمار وما يتعلق بذلك.

(٢) في المصباح ٢/ ٣٧٥: «والطَّلْع: بالفتح ما يطلع من النخلة، ثم يصير ثمراً إن كانت أنثى، وإن كانت النخلة ذكراً لم يصر ثمراً، بل يؤكل طريًا ويترك على النخلة أيامًا معلومة حتى يصير فيه شيء أبيض مثل الدقيق وله رائحة ذكية فيلقح به الأنثى».

والطلع بسكون اللام: وعاء العنقود. (المطلع ص ١٤١، ٢٤٣).

(٣) التأبير: مصدر أَبَّر، ويقال: أَبَرَ النخل يأبره بالضم والكسر أبراً وإباراً وإبارة إذا أصلحه، والآبر: العامل، والمأبور: الزرع والنخل المصلح. (تاج العروس مادة: «أبر»، ومعجم مقاييس اللغة ١/ ٣٥).

والتأبير هو التلقيح، وهو وضع طلع الفحل من النخل بين طلع الإناث.

(حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٥٣، والمنتقى للباجي ٤/ ٢١٥، والأم ٣/ ٤١).

(٤) فالمذهب ومذهب الشافعية: أن البائع يستحق الثمرة بتشقق الطلع وإن لم =

---

[١] في/ ف، م بلفظ: (أو رهن أو وهب).

[٢] في/ م، ف بلفظ: (يبقى).

الجِذَاذِ إلاَّ أنْ يَشْتَرِطَهُ مُشْتَرٍ

الجــذاذ[1] إلا أن يشـتـرطه مشـتـر) . . . .

= يلقح ؛ لما استدل به المؤلف .

وأيضًا : العبرة بظهور الثمرة ، فلا فرق بين أن تظهر بعلاج أو بغير علاج ، وهي تتشقق وتكسب اللقاح بالرياح اللواقح . (تكملة المجموع ١١/ ٢٣٩) .

وعند المالكية : أن البائع يستحق الثمرة بالتلقيح ؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما الذي أورده المؤلف .

(المصادر السابقة مع الإنصاف ٥/ ٦٠) .

والراجح : ما ذهب إليه المالكية لحديث ابن عمر رضي الله عنهما .

وأما دليل الشافعية والحنابلة : فالأول صرف للنهي عن ظاهره ، والثاني اجتهاد في مقابلة النص .

وأما الحنفية : فالثمرة عندهم مطلقًا للبائع إلا بشرط المشتري . (بدائع الصنائع ٥/ ١٦٤) .

واستدل الحنفية : بما يروى عن النبي ﷺ أنه قال : «**من اشترى أرضًا فيها نخل ، فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع**» . لكنه لا يثبت بهذا اللفظ ، قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٥ : «غريب بهذا اللفظ» .

ولأن النخل اسم لذات الشجرة ، فلا يدخل ما عداه إلا بقرينة زائدة ، ولهذا لم تدخل ثمار سائر الأشجار .

ونوقش : بأنه قياس مع الفارق ، فإن ثمرة النخل غير المؤبر لا ينتفع بها إلا بالتأبير وهذا يحتاج إلى كلفة ومشقة فلا تتعلق بها نفس البائع قبل هذا الفعل ، بخلاف سائر الأشجار فلا تحتاج إلى هذا .

(١) في كشاف القناع ٣/ ٧٩ : «وذلك حين تتناهى حلاوة ثمرها ، ولا يلزمه قطعها في الحال إذ التفريغ جار على العرف ، وأوان الجذاذ في غير النخل =

. . . .

. . . .

ونحوه[1] لقوله ﷺ: «**من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترطه المبتاع**». متفق عليه[2].

والتأبير: التلقيح، وإنما نص عليه[3] والحكم منوط بالتشقق لملازمته له

= حتى يتناهى إدراكه أي الثمر، سواء استحقها البائع ونحوه بشرطه بأن باع ونحوه قبل التشقق والظهور واشترطها، أو استحقها بظهورها بأن باع ونحوه بعد التشقق ونحوه. . . ما لم تجر عادة بأخذه أي ثمر النخل بسراً، أو كان بسره خيراً من رطبه، فإنه يجز حين تستحكم حلاوة بسره للعادة».

(١) أي إلا أن يشترط الثمر مشتر ونحوه كمتهب ومرتهن ومصالح به، ومن آل إليه أجرة أو صداقًا أو عوض خلع ونحو ذلك

أو يشترط بعضه، أو نخلة بعينها، وكذا بائع ونحوه، فمن اشترط الثمرة منهما فهي له سواء كان ذلك قبل التأبير أو بعده عملاً بما استدل به المؤلف، ولقوله ﷺ: «**المسلمون على شروطهم**». لا قبل الظهور لشبهها بالمعدوم.

وفي كشاف القناع ٣/ ٢٨٠: «بخلاف وقف ووصية، فإن الثمرة تدخل فيهما إذا أبقيت إلى يوم الموت وإن تشققت وظهرت»، وأما الفسخ بالعيب، والمقايلة في البيع، ورجوع الأب في هبة ولده فلا تدخل الثمرة في ذلك. (المصدر السابق).

(٢) أخرجه البخاري ٣/ ٣٥ ـ البيوع ـ باب من باع نخلاً قد أبرت، وباب بيع النخل بأصله، ٣/ ٨١ ـ المساقاة ـ باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل، ٣/ ١٧٣ ـ الشروط ـ باب إذا باع نخلاً قد أبرت، مسلم ٣/ ١١٧٢ ـ ١١٧٣ ـ البيوع ـ ح ٧٧ ـ ٨٠ ـ من حديث عبد الله بن عمر.

(٣) أي التأبير الذي هو التلقيح.

. . . .

. . . .

غالبًا، وكذا لو صالح بالنخل أو جعله أجرة أو صداقًا أو عوض خلع(١) بخلاف(٢) وقف ووصية فإن الثمرة تدخل فيها أبرت أو لم تؤبر(٣) كفسخ لعيب[١] ونحوه(٤).

---

(١) فثمرة نخل تشقق طلعه لمعط إلى الجذاذ ما لم يشترطه آخذ، وما قبل التشقق لمشتر.

(٢) جمهور أهل العلم على أن للبائع إبقاء الثمرة على رؤوس الشجر إلى الجذاذ؛ لأن النقل والتفريغ إنما يكون حسب العرف والعادة، وعادة تفريغ الثمرة هو الجذاذ؛ لأنه وقت الانتفاع بها.

وعند الحنفية: يجب على المشتري قطع ثمرته من الأصل المبيع في الحال؛ لأن عقد البيع يوجب تسليم المبيع عقيبه بلا فصل؛ لأنه عقد معاوضة تمليك بتمليك، وتسليم بتسليم. (بدائع الصنائع ٥/ ١٦٦).

ونوقش: بعدم التسليم، بل التسليم حسب العرف والعادة، فالشرط العرفي كالشرط اللفظي، وعليه فيترجح قول جمهور أهل العلم.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٦٦، والفواكه الدواني ٢/ ١١٤، والأم ٣/ ٤٣، والمبدع ٤/ ١٦٢).

(٣) في حاشية العنقري ٢/ ١٢٧: «قوله: بخلاف وقف. والفرق: أن الوقف لما كان المقصود من وقف ذلك الانتفاع بثمرته دخلت مطلقًا، والوصية شبيهة به، وسكت عن الإقرار يتعرض له، والمفهوم من كلامه في الإقرار من شرح الإقناع كونه كالبيع، ومن بحث مرعي: كالوقف، واستظهر الشيخ (عثمان) الأول، وأقر شيخ مشايخنا الثاني، فتأمله منصفًا» اهـ. نقلاً عن ابن فيروز.

(٤) في كشاف القناع ٢/ ٢٨٠: «كفسخ بعيب، ومقايلة في بيع، ورجوع أب في هبة لولده. قاله في المغني ومن تابعه؛ لأن الطلع المتشقق عند صاحب =

---

[١] في / م بلفظ: (معيب).

وَكَذَلِكَ شَجَرُ العِنَبِ وَالتُّوتِ والرُّمَانِ وَغَيْرُهُ

(وكذلك) أي كالنخل (شجر[١] العنب(١) والتوت والرمان وغيره) كجميز(٢) من كل شجر لا قشر على[٢] ثمرته(٣)، فإذا بيع ونحوه بعد ظهور الثمرة كانت للبائع ونحوه(٤).

= المغني زيادة متصلة تتبع في الفسوخ. . .

وصرح القاضي وابن عقيل. . . . أنه أي الطلع المتشقق زيادة منفصلة وذكره منصوص أحمد، فلاتدخل الثمرة في الفسخ، ورجوع الأب في هبته لولده وغير ذلك من العقود وهو المذهب».

(١) في حاشية العنقري ٢/ ١٢٨ نقلاً عن حاشية البهوتي على المنتقى: «قوله: شجر العنب في جعله العنب مما تظهر ثمرته بارزة لا قشر عليها ولا نور كالتين والتوت والجميز نظر، بل هو بمنزلة ما يظهر نوره ثم يتناثر فتظهر الثمر كالتفاح والمشمش، قاله في المغني، والعنب بمنزلة ما لو نور؛ لأنه يبدو في قطوفه شيء صغار كحب ثم ينفتح ويتناثر كتناثر النور، فيكون من هذا القسم».

(٢) في القاموس (مادة: جمز): «وجميز كقبيط: التين الحلو. فظاهر وزنه: أنه بضم الجيم، وفتح الميم مع تشديدها».

(٣) أو بدا في قشره، وبقي فيه إلى أكله كالرمان والجوز، أو في قشريه كالجوز.

(٤) كمرتهن ومتهب وغيرهما ممن تقدم؛ لأن ظهورها من شجرها بمنزلة ظهور ما في الطلع. (حاشية ابن قاسم ٤/ ٥٤١).

---

[١] في/ ف بلفظ: (بشجر).

[٢] في/ م بلفظ: (عليه).

وَمَا ظَهَرَ مِنْ نَوْرِهِ؛ كَالمِشْمِشِ وَالتُّفَاحِ وَمَا خَرَجَ مِنْ أَكْمَامِهِ؛ كَالوَرْدِ والقُطْنِ

(و) كذا (**ما ظهر من نوره**[١] **كالمشمش والتفاح**[٢] **وما خرج من أكمامه**[٣]) جمع كم، وهو الغلاف[٤]، (**كالورد**) والبنفسج (**والقطن**) الذي يحمل في كل سنة[٥].

---

(١) جمع أنوار، وهو الزهر الأبيض والأصفر. (تاج العروس ٣/ ٥٨٨).

(٢) والسفرجل، واللوز، ونحوه. (كشاف القناع ٣/ ٢٨٠).

(٣) في المصباح ٢/ ٥٤١: «والكمُّ: بالكسر وعاءُ الطلع، وغطاء النَّور، والجمع أكمام، مثل حمل وأحمال».

(٤) جمهور أهل العلم على أن للبائع إبقاء الثمرة على رؤوس الشجر إلى الجذاذ؛ لأن النقل والتفريغ إنما يكون حسب العرف والعادة وعادة تفريغ الثمرة هو الجذاذ؛ لأنه وقت الانتفاع بها.

وعند الحنفية: يجب على البائع قطع ثمرته من الأصل المبيع في الحال؛ لأن عقد البيع يوجب تسليم المبيع عقيبه بلا فصل؛ لأنه عقد معاوضة تمليك بتمليك، وتسليم بتسليم. (بدائع الصنائع ٥/ ١٦٦).

ونوقش: بعدم التسليم، بل التسليم حسب العرف والعادة، فالشرط العرفي كالشرط اللفظي، وعلى ذلك فالراجح قول جمهور أهل العلم.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٦٦، والفواكه الدواني ٢/ ١١٤، والأم ٣/ ٤٣، والمبدع ٤/ ١٦٢).

(٥) القطن ضربان: أحدهما: ما له أصل يبقى في الأرض أعوامًا كقطن الحجار، فحكمه حكم فيجوز إفراده بالبيع كالشجر، وأصول القثاء، وثمره كالطلع إن تفتح فلبائع، وإلا فلمشتر.

الثاني: ما يتكرر زرعه كل عام كقطن مصر والشام، فحكمه حكم زرع البر لشبه به، ومتى كان جوزه ضعيفًا لم يشتد لم يصح بيعه إلا بشرط القطع كالزرع الأخضر وإلا جاز. (كشاف القناع ٣/ ٢٨٣).

. . . .

وَمَا قَبْلَ ذَلِكَ وَالوَرَق فَلِمُشْتَرٍ

لأن ذلك كله بمثابة تشقق الطلع(١) (**وما قبل ذلك**) أي قبل التشقق في الطلع والظهور في نحو العنب [والتوت][١] والمشمش[٢] والخروج من الأكمام في نحو الورد والقطن(٢) (٣).

(**والورق فلمشتر**) ونحوه(٤) لمفهوم الحديث السابق في النخل(٥) وما

---

(١) فأعطي حكمه، وتقدم أن المعتبر في النخل التأبير، دون تشقق الطلع.

(٢) السنة جاءت بتأبير النخل، وما عدا النخل فإن المعتبر فيه بروز جميع الثمرة عن موضعها، وتميزها عن أصلها: لكي تكون للبائع، فما له أكمام كالقطن والورد فبتفتح أكمامه، وما ظهر بقشر كالرمان والموز أو قشرين كاللوز الجوز فبظهوره ولا أثر للقشر، وما له نور كالتفاح والمشمش فبتناثر نوره، وما ظهر بلا قشر ولا نور كالتين والتوت فبمجرد ظهوره من شجره فللبائع، وما قبل ذلك لمشتر. وما كان المقصود منه الورق كالتوت فبظهور الورق.

(انظرّ: تكملة المجموع ١١/ ٢٦٤، وبلغة السالك ٢/ ٨٢، والمغني ٦/ ١٥٩).

وأما الحنفية: فالثمرة عندهم أبرت أو لم تؤبر، ظهرت أو لم تظهر فإنها للبائع، ولا يكون شيء للمشتري إلا بالشرط. (بدائع الصنائع ٥/ ١٦٤).

(٣) والبنفسج والياسمين ونحوه لمشتر.

(٤) في كشاف القناع ٣/ ٢٨٠: «وما بيع ونحوه قبل ظهور الثمرة كما ذكر فهو للمشتري كالطلع قبل تشققه، فإن اختلفا أي المتعاقدان هل بدا الثمر أو تشقق الطلع قبل بيع ونحوه أو بعده فقول بائع ونحوه أنه بعقد العقد؛ لأنه ينكر خروجه عن ملكه، والأصل عدمه، والورق بالشجر المبيع للمشتري سواء كان ورق توت يقصد أخذه لتربية دود القز أو غيره؛ لأنه داخل في مسمى الشجر ومن أجزائه، وخلق لمصلحته فهو كسائر المبيع».

(٥) تقدم تخريجه قريبًا.

---

[١] ساقط من/ س.

[٢] في/ م، ف بلفظ: (المشمس).

. . . .

عداه فبالقياس عليه، وإن تشقق أو ظهر بعض ثمره ولو من نوع واحد فهو لبائع [وغيره لمشتر(١) إلا في شجرة فالكل لبائع][١] (٢) ونحوه(٣)، ولكل السقي لمصلحة ولو تضرر الآخر(٤).

---

(١) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ١٥٩: «فإن أبر بعضه دون بعض فما أبر للبائع، وما لم يؤبر للمشتري. نص عليه أحمد ـ وهو المذهب ـ.

وقال ابن حامد: الكل للبائع وهو مذهب الشافعي؛ لأنا إذا لم نجعل الكل للبائع أدى إلى الإضرار باشتراك الأيدي فيجب أن يجعل ما لم يؤبر تبعًا لما أبر كثمر النخلة الواحدة إذا أبر بعضها فإن الجميع للبائع بالاتفاق.

وهذا الخلاف في النوع الواحد؛ لأن الظاهر أنه يتقارب ويتلاحق فيختلط.

فأما إن أُبر نوع لم يتبعه النوع الآخر، ولم يفرق أبو الخطاب بين النوع والجنس كله وهو ظاهر مذهب الشافعي؛ لأنه يفضي إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي كما في النوع الواحد.

والأشبه الفرق بين النوع والنوعين؛ لأن النوعين يتباعدان، ويتميز أحدهما عن الآخر، ولا يخشى اختلاطهما أشبها الجنسين، وما ذكروه يبطل بالجنسين، ولا يصح القياس على النوع الواحد لافتراقهما فيما ذكرنا» اهـ.

(٢) بالاتفاق كما تقدم عن الموفق. (المغني ٦/ ١٣٣).

(٣) أي ومثل بائع من انتقل إليه بعقد معاوضة كصداق أو لا كهبة.

(٤) فلا يمنعان ولا أحدهما؛ لأنهما دخلا في العقد على ذلك، وليس لأحدهما السقي لغير مصلحة. . . وأيهما طلب السقي فمؤنته عليه، ولا يلزم أحدهما سقي ما للآخر، ولا مشاركته في سقيه؛ لأنه لم يملكه من قبله. (كشاف القناع ٣/ ٢٨١).

---

[١] ساقط من/ ف.

وَلاَ يُبَاعُ ثَمَرٌ قَبْلَ بُدُوِّ صَلاحِهِ

(ولا يباع ثمر قبل بدو صلاحه)[١] لأنه ﷺ «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع» متفق عليه[٢]، والنهي يقتضي الفساد.

---

(١) إذا بيعت الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط الترك لم يصح، وإذا بيعت الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع صح ذلك إذا كان منتفعًا بها، وهذا مما لا خلاف فيه بين العلماء.

وإذا بيعت بدون شرط القطع قبل بدو الصلاح: فجمهور أهل العلم عدم صحة القطع؛ لأحاديث النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه، ومنها ما أورده المؤلف، ولحديث أنس رضي الله عنه «نهى عن بيع الثمار حتى تزهو، قيل: وما زهوها؟ قال: تحمار أو تصفار». متفق عليه.

وعند الحنفية: يجوز بيع الثمر قبل بدو صلاحه، ويجب القطع في الحال؛ لحديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «**من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**»، متفق عليه.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ جعل الثمر المؤبر للمشتري بالشرط فدل على جواز بيع الثمر قبل صلاحه بدون شرط القطع. (فتح القدير ٦/ ٢٨٩).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن هذا ليس بيعًا للثمر، وإنما هو بيع للنخل، والثمر تابع، ويثبت تبعًا ما لا يثبت استقلالاً.

وعللوا: أن العقد يقتضي تسليم المبيع عقيبه فهو كما لو اشترط.

ونوقش: بعدم التسليم، بل تسليم المبيع مقيد بالعرف كما تقدم.

وعلى هذا فالراجح قول جمهور أهل العلم.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٣٩، والشرح الكبير للدردير ٣/ ١٧٦، وروضة الطالبين ٣/ ٥٥٣، والمبدع ٤/ ١٦٥).

(٢) أخرجه البخاري ٢/ ١٣٤ ـ الزكاة ـ باب من باع ثماره أو نخله، ٣/ ٣١، ٣٤ـ البيوع ـ باب بيع المزابنة، وباب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، وباب =

....

وَلاَ زَرْعٌ قَبْلَ اشْتِدَادِ حَبِهِ،

(ولا) يباع (زرع قبل اشتداد[1] حبه)(١) لما روى مسلم عن ابن عمر أن رسـول الله ﷺ «نهى عن بيع النخل حتى يزهو(٢) وعن بيع السنبل حتى يبيض، ويأمن العاهة(٣)، نهى البائع والمشتري»(٤).

= إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة، مسلم ٣/ ١١٦٥ ـ ١١٦٦ ـ البيوع ـ ح ٤٩ ـ ٥٢ ـ من حديث عبد الله بن عمر.

(١) أي قوته وصلابته بحيث لا ينضغط إذا ضغط، الخلاف في هذه المسألة كالخلاف في المسألة السابقة.

مسألة: وعند جمهور أهل العلم: يجوز بيع حب الحنطة مع سنبله، لما أورده المؤلف رحمه الله من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

فالنبي ﷺ جعل ابيضاض الحب وهو بدو صلاحه غاية لمنع بيعه، فدل على جواز البيع بعده، وحيث إنه لا يمكن إلا مع سنبله دل على جواز البيع مع السنبل. (المصادر السابقة).

وعند الشافعية: لا يجوز بيع حب الحنطة مع سنبله؛ لأن المقصود بالبيع مستور عن الرؤية بما ليس من مصالحه ففيه غرر. (مغني المحتاج ٢/ ٩٠).

ونوقش: بأنه يمكن معرفته بفرك بعض سنابله لمعرفته وتقديره، والشافعية أجازوا بيع الشعير في سنبله.

وعلى هذا فالراجح قول جمهور أهل العلم.

(٢) وفسره بقوله: «تحمار أو تصفار»، كما في حديث أنس المتفق عليه.

(٣) أي الآفة.

وهذا إجراء للحكم على الغالب؛ لأن تطرق التلف إلى البادي صلاحه ممكن، وعدمه إلى غير ما بدا صلاحه ممكن فأنيط الحكم بالغالب.

(٤) أخرجه مسلم ٣/ ١١٦٥ ـ ١١٦٦ ـ البيوع ـ ح ٥٠، أبو داود ٣/ ٦٦٥ ـ ٦٦٦ ـ البيوع ـ باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ـ ح ٣٣٦٨، الترمذي =

---

[1] في/ س بلفظ: (اشتدد).

وَلاَ رَطِبَةٌ وَبَقْلٌ ولاَ قِثْاء ونَحْوَهُ كَبَاذِنْجَان دُونَ الأَصْلِ

(ولا) تباع (رطبة وبقل ولا قثاء[1] ونحوه كباذنجان[2] دون الأصل[3]) أي منفردة عن أصولها؛ لأن ما في الأرض مستور مغيب وما

= ٣/ ٥٢٠ ـ البيوع ـ باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ـ ح ١٢٢٦، ١٢٢٧، النسائي ٧/ ٢٧٠ ـ ٢٧١ ـ البيوع ـ باب بيع السنبل حتى يبيض ـ ح ٤٥٥١، أحمد ٢/ ٥، ابن حبان كما في الإحسان ٧/ ٢٣٢ ـ ح ٤٩٧٣.

(١) تقدم تفسير الرطبة والقثاء أول الباب عند قول المؤلف: «وإن كان فيها زرع كبر وشعير...».
والبقل: الكراث.
وفي المصباح ١/ ٥٨: «البقل: كل نبات اخضرت به الأرض. قاله ابن فارس».

(٢) وكبطيخ وباميا.

(٣) لا خلاف بين العلماء رحمهم الله في جواز بيع ما ظهر مما يتكرر جنيه كالقثاء والخيار والباذنجان والبرسيم والكراث لقطة لقطة، أو جزة جزة، لكن اختلف العلماء رحمهم الله في بيع ما لم يظهر.
فجمهور أهل العلم: على عدم جوازه؛ لحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة، والمزابنة، والمعاومة، والمخابرة»، رواه مسلم، والمعاومة: بيع ثمر الشجر لمدة طويلة كالسنتين والثلاث، وبيع ما يتكرر جنيه من هذا فلا يجوز.
ولحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه، وفيه قوله ﷺ: **«لا تبع ما ليس عندك»**، رواه أبو داود، والترمذي وحسنه، وابن ماجه.
ولأن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها مخافة أن تصيبها العاهة مع أنها خلقت فمن باب أولى أن لا يجوز بيع ما لم يخلق بعد. =

....

. . . .

يحدث منه معدوم، فلم يجز بيعه كالذي يحدث من الثمرة، فإن بيع الثمر قبل بدو صلاحه بأصوله، أو الزرع الأخضر(١) بأرضه، أو بيعا لمالك أصلهما(٢)

= وعند المالكية واختاره شيخ الإسلام وابن القيم: يجوز بيع ما يتكرر جنيه إلى أن تنقطع الثمرة وييبس.

واحتجوا: بأنه لا يمكن حبس أوله على آخره، فجاز بيع ما لم يخلق تبعًا لما خلق وبدا صلاحه، كما يباع ما لم يطب من الثمر تبعًا لما طاب.

ولأن الحاجة داعية إلى بيعها كذلك، وبيعها لقطة لقطة متعذر أو متعسر لعدم التمييز، وما يحتاج إلى بيعه جاز بيعه وإن كان معدومًا كالمنافع.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٣٩، وبداية المجتهد ٢/ ١٥٧، والأم ٣/ ٤٩، ونهاية المحتاج ٤/ ١٥٠، والفروع ٤/ ٨٠، ومجموع الفتاوى ٢٩/ ٤٨٤، وإعلام الموقعين ٢/ ٣١).

(١) إذا بيعت الثمرة مع أصلها كالثمرة تباع مع شجرها، وكالزرع يباع مع أرضه جاز بالاتفاق بدا صلاح الثمر أو لم يبد.

ويدل لذلك ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**»، متفق عليه.

فالنبي ﷺ جعل الثمرة المؤبرة لمشتري الأصل إذا اشترطها، ولم يقدر ذلك ببدو الصلاح، فدل على جواز بيع الثمرة مع أصلها مطلقًا. (المصادر السابقة).

(٢) كأن يوصي شخص لرجل بثمرة نخله فيبيع هذه الثمرة على ورثة الموصي. (المغني ٦/ ١٥٠).

فالمذهب ومذهب المالكية ووجه عند الشافعية: صحة هذا البيع؛ لما علل به المؤلف.

ولأن الثمرة إذا بيعت لمالك الأصل فقد اجتمع للمشتري في ذلك الأصل والثمرة فيصح كما لو اشتراهما.

. . . .

إِلاَّ بِشَرْطِ القَطْعِ فِي الحالِ

أو بيع قثاء ونحوه(١) مع أصله صح البيع ؛ لأن الثمر إذا بيع مع الشجر .

والزرع إذا بيع مع الأرض دخلا تبعًا في البيع فلم يضر احتمال الضرر[١](٢) ، وإذا بيعا لمالك الأصل فقد حصل التسليم[٢] للمشتري على الكمال(٣) [(إلا)][٣] إذا باع الثمرة قبل بدو صلاحها أو[٤] الزرع قبل اشتداد حبه (**بشرط القطع في الحال**)(٤) ؛ فيصح إن انتفع بهما(٥) ؛ لأن المنع من

= والوجه الثاني : عند الشافعية والحنابلة : لا يصح هذا البيع ؛ لعموم النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، وهذا هو الأقرب ، وما علل به أهل الرأي الأول في مقابلة النص .

(الشرح الكبير للدردير ٣/ ١٧٦ ، والمهذب مع تكملة المجموع ١١/ ٣١٦ ، والمغني ٦/ ١٥٠ ، وكشاف القناع ٣/ ٢٨١) .

(١) أي أو بيع قثاء ونحوه كباذنجان مع أصله صح البيع ، ولو لم تبع أرضه ؛ لأنه أصل تتكرر ثمرته أشبه الشجر .

(٢) كما احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع الشاة ، والنوى في التمر مع التمر .

(٣) أي لملك المشتري الأصل والقرار ، فصح البيع كصحة بيعهما معهما ، وتقدم قريبًا عدم الصحة .

(٤) يصح بيع الثمار قبل بدو صلاحها بشرط القطع في الحال باتفاق الأئمة ، وتقدم عند قول المؤلف : «ولا يباع ثمر قبل بدو صلاحه . . . » .

(٥) لأنه إذا لم ينتفع بهما فهو إضاعة للمال ، وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال .

---

[١] في/ ف بلفظ : (الغرر) .

[٢] في/ م بلفظ : (التسلم) ، وفي / س بلفظ : (التسليم) .

[٣] ساقط من / س .

[٤] في/ س بلفظ : (والزرع) .

أَوْ جَزَّةً جَزَّة، أَوْ لَقْطَةً لَقْطَةً.

البيع لخوف التلف وحدوث العاهة[١] وهذا مأمون فيما يقطع، (أو) إلا إذا باع الرطبة والبقول (جزة) موجودة فـ (جزة)(١) فيصح لأنه معلوم لا جهالة فيه ولا غرر، (أو) إلا إذا باع القثاء ونحوها (لقطة)[٢] (٢) موجودة [فلقطة موجودة][٣] لما تقدم[٤] (٣)، وما لم يخلق لم يجز بيعه(٤).

= وما لا ينتفع به كثمر الجوز وزرع الترمس لا يصح ولو بشرط القطع؛ لعدم الانتفاع بالمبيع، وكذا ما كان مشاعًا لتعذر قطعه بدون قطع ما لا يملكه.

وفي كشاف القناع ٣/ ٢٨٣: «وإن اشترى إنسان قصيلاً ثم قطعه ثم نبت في العام المقبل فلصاحب الأرض؛ لأن المشتري ترك الأصول على سبيل الرفض لها فسقط حقه، كما يسقط حق صاحب الزرع من السنابل التي يخلفها ولذلك أبيح التقاطها، أو سقط من الزرع حب عند الحصاد فنبت في العام المقبل ويسمى الزريع بالتصغير فلصاحب الأرض».

(١) وتقدم تعريف الجزة.

(٢) بيع ما ظهر مما يتكرر جنيه من البقول لقطة لقطة، أو جزة جزة مما لا خلاف فيه بين العلماء، وتقدم عند قول المؤلف: «. . . ولا رطبة وبقل وقثاء ونحوه كباذنجان دون الأصل. . .».

(٣) من أنه معلوم لا جهالة فيه ولا غرر، فيصح البيع، واللقطة بفتح اللام: المرة.

(٤) وتقدم أيضًا في الموضع السابق جواز بيع ما يتكرر جنيه إلى أن تنقطع الثمرة وييبس وإن كان معدومًا، وهو مذهب الإمام مالك واختيار شيخ الإسلام وابن القيم رحم الله الجميع.

إذ لم يأت عن الشارع النهي عن بيع المعدوم، وإنما نهى عن بيع الغرر، ولا يسمى هذا غررًا لا لغة ولا عرفًا ولا شرعًا.

---

[١] في/ ف بلفظ: (العاهده).

[٢] في/ ف بلفظ: (لفظه).

[٣] ساقط من/ م، ف.

[٤] آنفًا من أنه معلوم لا جهالة فيه ولا غرر.

وَالْحَصَادُ وَاللُّقَاطُ عَلَىٰ الْمُشْتَرِي، وَإِنْ بَاعَهُ مُطْلَقًا،

(والحصاد) لزرع والجذاذ لثمر (واللقاط) لقثاء ونحوها (على المشتري)(١)؛ لأنه نقل لملكه وتفريغ[١] لملك البائع عنه فهو كنقل الطعام.

(وإن[٢] باعه) أي الثمر قبل بدو صلاحه أو الزرع قبل اشتداد حبه أو القثاء[٣] ونحوه (مطلقًا) أي من غير ذكر قطع ولا تبقية[٤] لم يصح البيع لما تقدم(٢)(٣).

---

(١) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ١٧٧: «والحصاد واللقاط على المشتري، وكذلك جذاذ الثمرة إذا اشتراها في شجرها؛ لأن نقل المبيع وتفريغ ملك البائع منه على المشتري كنقل الطعام من دار البائع... وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي، ولا نعلم فيه خلافًا».
لكن إن كان عرف أو شرط، فالمسلمون على شروطهم.

(٢) أي من الأدلة على اشتراط بدو الصلاح في الثمرة، واشتداد الحب في الزرع ونحوه، فكذا القثاء ونحوه، لما فيه من الغرر.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأحاديث النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحه، ومنها حديث ابن عمر رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع». متفق عليه.
ومنها حديث أنس أن النبي ﷺ «نهى عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد». رواه أبو داود والترمذي وحسنه وابن ماجه، وصححه الحاكم ٢/ ١٩ على شرط مسلم. =

---

[١] في/ ف، م بلفظ: (تفريغ) بدون واو.
[٢] في/ ظ بلفظ: (فإن).
[٣] في/ ف بلفظ: (والقثاء).
[٤] في/ م، ف بلفظ: (تبعيه).

أَوْ بِشَرْطِ البَقَاء، أَوْ اشْتـرَىٰ ثَمرًا لَمْ يَبْدُ صَلاحُهُ بِشَرْطِ القَطْعِ وَتَركه حَتَّىٰ بَدَا،

(**أو**) باعه ذلك (**بشرط البقاء**) لم يصح [البيع][1] لما تقدم(١) (**أو اشترى ثمرًا لم يبد صلاحه بشرط القطع وتركه حتى بدا**) صلاحه بطل البيع بزيادته[2] (٢) لئلا يجعل ذلك ذريعة إلى شراء الثمرة قبل بدو صلاحها

= وعند الحنفية: يجوز بيع الثمار مطلقًا قبل بدو الصلاح، ويجب القطع في الحال؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**من باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**». متفق عليه.

فالنبي ﷺ جعل الثمر المؤبر للمشتري بالشرط فدل على جواز البيع مطلقًا.

ونوقش: بأن هذا ليس بيعًا مستقلاً للثمرة، وإنما هو بيع للأصل، والثمرة دخلت تبعًا.

وعللوا: بأن العقد يقتضي تسليم المبيع عقبه فهو كما لو اشترط القطع.

ونوقش: بعدم التسليم، فالتسليم مقيد بالعرف والعادة.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٣٩، وشرح الخرشي ٥/ ١٨٥، وتكملة المجموع ١١/ ٣٢٢، وكشاف القناع ٣/ ٢٨١).

(١) أي أو باعه الثمر أو الزرع أو القثاء ونحوه بشرط البقاء لم يصح البيع لما تقدم من الدليل على ذلك.

وتقدم الاتفاق على عدم جواز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، والزرع الأخضر قبل اشتداده بشرط التبقية.

(٢) قال ابن قدامة في المغني ٦/ ١٥٣: «اختلفت الرواية في من اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع ثم تركها حتى بدا صلاحها، فنقل عنه حنبل =

---

[١] ساقط من / س.

[٢] في / س بلفظ: (بزيادة).

أَوْ جِزَّةٍ أَوْ لُقَطَةٍ فَنَمَتَا،

وتركها حتى يبدو صلاحها(١)، وكذا زرع أخضر بيع بشرط القطع ثم ترك حتى اشتد حبه(٢).

(أو) اشترى (جزة) ظاهرة من بقل أو[١] رطبة، (أو) اشترى (لقطة) ظاهرة من قثاء ونحوها ثم تركها (فنمتا)(٣) [٢] بطل البيع؛ لئلا يتخذ حيلة

= وأبو طالب: أن البيع يبطل. . . ـ وهو المذهب ـ وعلى هذا يرد المشتري الثمرة إلى البائع ويأخذ الثمن.

ونقل أحمد بن سعيد: أن البيع لايبطل وهو قول أكثر الفقهاء؛ لأن أكثر ما فيه أن المبيع اختلط بغيره فأشبه ما لو اشترى حنطة فانثالت عليها أخرى.

ونقل أبو داود في من اشترى قصيلاً فمرض أو توانى حتى صار شعيراً، فإن أراد به حيلة فسد البيع وانتقض.

ووجه الرواية الأولى ـ أي البطلان ـ أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، فاستثنى منه ما اشتراه بشرط القطع وقطعه بالإجماع فيبقى فيما عداه على أصل التحريم، ولأن التبقية معنى حرم الشرع اشتراطه لحق الله تعالى، فأبطل العقد وجوده كالنسيئة فيما يحرم فيه النساء، وترك التقابض فيما يشترط فيه القبض. . . ». اهـ.

(١) ووسائل الحرام حرام كبيع العينة. (المغني ٦/ ١٥٣).

(٢) في المغني ٦/ ١٥٥: «لأنه في معنى الثمرة». وتقدم الكلام فيما إذا اشترى ثمراً لم يبد صلاحه بشرط القطع ثم تركه حتى بدا صلاحه، ويعفى عن الزيادة اليسيرة عرفًا.

(٣) وذلك بأن طالت جزة الرطبة ونحوها، وكبرت اللقطة من القثاء ونحوها، لاشتراطهم بيعه جزة جزة، ولقطة لقطة، وتقدم أن مذهب مالك واختيار ـ

---

[١] في/ س بلفظ: (ورطبه).

[٢] ساقط من/ ف.

أَو اشْتَرَىٰ مَا بَدَا صَلاحُهُ وَحَصَلَ آخَر واشْتَبَهَا،

على بيع الرطبة ونحوها والقثاء ونحوها بغير[١] شرط القطع، (أو اشترى ما بدا صلاحه) من ثمر (وحصل) معه (آخر واشتبها) بطل البيع، قدمه في «المقنع»(١) وغيره(٢).

والصحيح أن البيع صحيح(٣)، وإن علم قدر الثمرة الحادثة دفع للبائع والباقي للمشتري وإلا اصطلحا(٤)، ولا يبطل البيع لأن المبيع اختلط بغيره،

= شيخ الإسلام: جواز بيع المعدوم مما يلقط أو يجز إلى أن تنقطع الثمرة وييبس.

(١) ٢/ ٨٢، وهو رواية عن الإمام أحمد.

(٢) وفي الإنصاف مع الشرح ٢/ ١٨٨: «وجزم به في الوجيز، والرعايتين، والحاويين، والهداية، والمُذْهَب، والخلاصة والهادي وغيرهم».

(٣) وفي الإنصاف أيضًا «والصحيح من المذهب: أن حكمه حكم المبيع الذي اختلط بغيره فهما شريكان فيهما كل واحد بقدر ثمرته، فإن لم يعلم قدرها اصطلحا.

ولا يبطل العقد في ظاهر المذهب قاله المصنف في المغني، والشارح، وصاحب الفروع، والفائق، وغيرهم، قال الزركشي: وهو الصواب، وقدمه في الكافي وغيره. . .» اهـ.

وفي كشاف القناع ٣/ ٢٨٤: «وإن أخر المشتري قطع خشب اشتراه مع شرطه أي القطع، فنما الخشب وغلظ فالبيع لازم، ويشتركان في الزيادة؛ لأنها حصلت في ملكهما».

(٤) أي وإلا يعلم قدرها اصطلحا على الثمرة لدعاء الحاجة لذلك إذ لا طريق لمعرفة كل منهما.

---

[١] ساقط من/ ف.

أَوْ عُرِيَّةٍ فَأَثْمَرَتْ بَطَلَ،

ولم يتعذر[١] تسليمه(١)، والفرق بين هذه والتي قبلها(٢) اتخاذه حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها كما تقدم(٣).

(أو) اشترى رطبًا (عرية) وتقدمت صورتها في الربا(٤) فتركها (فأثمرت) أي صارت ثمرًا (بطل)(٥) البيع؛ لأنه إنما جاز للحاجة إلى أكل الرطب، فإذا أثمر تبينا عدم الحاجة سواء كان الترك[٢] لعذر أو لا(٦)،

---

(١) وفي المغني ٦/ ١٥٣: «فهو كما لو اشترى طعامًا في مكان فانثال عليه طعام للبائع، أو انثال هو على طعام للبائع، ولم يعرف قدر كل واحد منهما».

(٢) وهي ما إذا اشترى ثمرًا لم يبد صلاحه بشرط القطع، وتركه حتى بدا صلاحه بطل البيع.

(٣) أي أن القول بعدم بطلان البيع فيما إذا اشترى ثمرًا لم يبد صلاحه بشرط القطع وتركه حتى بدا صلاحه، يكون حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها.

(٤) في باب الربا عند قول المؤلف: «ولا بيع المزابنة، وهي بيع الرطب على النخل بالتمر إلا في العرايا...».

(٥) وهذا هو المذهب؛ لحديث سهل بن أبي حثمة رضي الله عنه، وفيه قوله ﷺ في العرايا: «**يأكلها أهلها رطبًا...**». متفق عليه، ولما علل به المؤلف.

وعن الإمام أحمد، وهو قول الشافعي: أنه لا يبطل البيع؛ لأن كل ثمرة جاز بيعها رطبًا لا يبطل العقد إذا صارت تمرًا كغير العرية، وكما لو قطعها وتركها عنده حتى أتمرت. (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ١٩٠).

(٦) في المغني ٦/ ١٢٨: «ولا فرق بين تركه لغناه عنها، أو مع حاجته إليها، أو تركها لعذر أو غير عذر للخبر، ولو أخذها رطبًا فتركها عنده فأتمرت، أو شمسها حتى صارت تمرًا جاز؛ لأنه قد أخذها».

---

[١] في/ م بلفظ: (يتعذ) بدون الراء.

[٢] في/ م، ف بلفظ: (الشرك).

وَالْكُلُّ لِلْبَائِعِ، وَإِذَا بَدَا مَا لَهُ صَلاحٌ فِي الثَّمَرَةِ وَاشْتَدَّ الْحَبُّ جَازَ بَيْعُهُ مُطْلَقًا،

(**والكل**) أي الثمرة وما حدث معها على ما سبق (**للبائع**) لفساد البيع.

(**وإذا بدا**) أي ظهر (**ما له صلاح في الثمرة واشتد الحب**(١) **جاز بيعه**) أي بيع ما ذكر[١] من الثمرة والحب (**مطلقًا**) أي من غير شرط(٢)، (**و**) جاز بيعه (**بشرط التبقية**) أي تبقية الثمر إلى الجذاذ والزرع إلى الحصاد(٣) لأمن

---

(١) يأتي في كلام المؤلف بيان بدو الصلاح في الثمار والزروع عند قوله: «وبدو الصلاح في ثمر النخل أن تحمر أو تصفر. . . ».

(٢) أي شرط قطع أو تبقية؛ لأن النهي عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، والزرع حتى يشتد غاية للمنع من بيعه، فيدل على الجواز بعده.

ويتبع ما لم يبد صلاحه ما بدا صلاحه؛ لأن الله جعل الثمار لا تطيب دفعة واحدة إطالة لزمن التفكه، ولو اعتبر في طيب الجميع لأدى إلى أن لا يباع شيء قبل كمال صلاحه، أو الحبة بعد الحبة، وفي كل منهما ضرر.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع». متفق عليه، فالنبي ﷺ جوز البيع بعد بدو الصلاح، دل ذلك إلى الإبقاء إلى وقت الجذاذ، وإلا لاستوى ما قبل بدو الصلاح وما بعده.

ولما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا تبايعوا الثمر حتى يبدو صلاحه، وتذهب عنه الآفة**» رواه مسلم، فتعليله ﷺ بذهاب الآفة يدل على التبقية؛ لأن ما يقطع في الحال لا يخاف عليه الآفة.

ولأن النقل والتحويل في المبيع بحسب العرف والعادة.

وعند الحنفية: لا يجوز بيع الثمار بعد بدو صلاحها بشرط الإبقاء.

لأن شرط الترك ينافي مقتضى العقد، وما كان كذلك فهو باطل.

---

[١] في/ س بلفظ: (ما ذكرنا).

وَبِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ وَلِلْمُشْتَرِي تَبْقِيَتُهُ إِلَىٰ الحَصَادِ وَالجِذَاذِ، وَيَلْزَمُ البَائِعَ سَقْيُهُ إِن احْتَاجَ إِلَىٰ ذَلِكَ، وَإِنْ تَضَرَّرَ الأَصْلُ.

العاهة ببدو الصلاح[١].

(**وللمشتري تبقيته إلى الحصاد والجذاذ**)، وله قطعه في الحال وله بيعه قبل جذه[٢]، (**ويلزم البائع سقيه**) يسقي الشجر الذي هو عليها (**إن احتاج إلى ذلك**)[٣] أي إلى السقي، وكذا لو لم تحتج إليه لأنه يجب عليه تسليمه كاملاً فلزمه سقيه[٤].

(**وإن تضرر الأصل**) بالسقي، ويجبر إن أبى[٥]، بخلاف ما إذا باع

= ونوقش: بعدم التسليم أنه ينافي مقتضى العقد، وعلى هذا فالراجح قول الجمهور.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٧٣، ومواهب الجليل ٤/ ٥٠٠، ونهاية المحتاج ٤/ ١٤٥، والمغني ٦/ ١٥٥).

(١) فإن تعليل الشارع بأمن العاهة يدل على التبقية؛ لأن ما يقطع في الحال لا تخاف العاهة عليه، وإذا بدا الصلاح فقد أمنت العاهة فجاز بيعه لزوال علة المنع، وكذا الزرع إذا اشتد الحب كالثمرة. (انظر: المغني ٦/ ١٥٥).

(٢) لأنه مقبوض بالتخلية فجاز التصرف فيه كسائر المبيعات.

(٣) وهذا قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف.

وأما الحنفية فإنهم يشترطون القطع في الحال فلا مجال للتسقية عندهم، كما تقدم عند قول المؤلف: «ولا يباع ثمر قبل بدو صلاحه...».

(٤) ولا يمكن التسليم كاملاً بدون سقي. (كشاف القناع ٣/ ٢٨٥).

(٥) أي يجبر البائع بسقي الثمر بسقي الشجر لدخوله عليه. (المصادر السابقة).

وذكر مرعي بحثًا أن عليه حراسته أيضًا. (غاية المنتهى ٢/ ٦٨).

وَإِنْ تَلَفَتْ بِآفَةٍ سَمَاوِيةٍ رَجَعَ عَلَىٰ البَائِعِ

الأصل وعليه ثمر للبائع فإنه لا[١] يلزم المشتري سقيها(١)؛ لأن البائع لم[٢] يملكها من جهته.

(**وإن تلفت**) ثمرة(٢) أبيعت بعد بدو صلاحها دون أصلها قبل أوان جذاذها (**بآفة سماوية**) وهي ما لا صنع لآدمي فيها كالريح والحر والعطش(٣) (**رجع**) ولو بعد القبض(٤) (**على البائع**)(٥) لحديث جابر «أن

---

(١) بل ملكه باق عليه. (كشاف القناع ٣/ ٢٨٥).

وفي المغني ٦/ ١٥٨: «فإن قيل: فلم قلتم: إنه إذا باع الأصل وفيه ثمرة للبائع لا يلزم المشتري سقيها؟

قلنا: لأن المشتري ليس عليه تسليم الثمرة؛ لأن البائع لم يملكها من جهته، وإنما بقي ملكه عليها».

(٢) تعم كل ثمرة، وكذا ما أصله يتكرر حمله كقثاء وخيار، ويأتي قريبًا.

(٣) والبرد والدود والثلج، والغرق بالسيل، والطير الغالب، والمطر المغرق، والجراد، والغبار المفسد، والصاعقة، والشمرخة وهو عدم جريان الماء في الشماريخ، والنار والعفاء وهو يبس الثمرة.

(مواهب الجليل ٤/ ٥٠٧، ومغني المحتاج ٢/ ٩٢، ومجموع الفتاوى ٣٠/ ٢٧٨، والإنصاف ٥/ ٧٦، والمحلى ٨/ ٣٨٤).

(٤) والمراد بالقبض هنا: التخلية.

(٥) إذا أجيحت الثمرة قبل التخلية فهي من مال البائع، وكذا إذا أجيحت بعد الجذاذ فهي من مال المشتري، وهذا مما لا خلاف فيه، لكن اختلف العلماء فيما إذا أجيحت ما بين التخلية وقبل أوان الجذاذ: فالمذهب وهو مذهب المالكية: أنها من مال البائع، لما روى جابر بن عبد الله رضي الله عنهما =

---

[١] في/ ف بلفظ: (فإنه يلزمه).

[٢] في/ س بلفظ: (لا يملكها).

. . . .

. . . .

= قال: قال رسول الله ﷺ : «**لو بعت من أخيك ثمرًا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟**» رواه مسلم، ولما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ «أمر بوضع الجوائح» رواه مسلم.

وقياسًا للثمرة المشتراة بعد بدو الصلاح على رؤوس الشجر على المنفعة في العين المؤجرة بجامع أن كلاً منهما لا يمكن قبضه في الحال. (انظر: مجموع الفتاوى ٣٠/ ٢٧٧، وإعلام الموقعين ٢/ ٣٥٧، والمنتقى للباجي ٤/ ٢٣٢).

وعند الحنفية والشافعي في الجديد، وبه قال ابن حزم: أن الجوائح لا توضع؛ لما روت عمرة بنت عبد الرحمن قالت: «ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول الله ﷺ، فعالجة وقام فيه حتى تبين له النقصان، فسأل رب الحائط أن يضع له أو أن يقيله فحلف أن لا يفعل... فقال رسول الله ﷺ: «**تألى لا يفعل خيرًا**» رواه مالك في الموطأ.

وقال الشافعي في الأم ٣/ ٥٦: «حديث مالك عن عمرة مرسل، ونحن وأهل الحديث لا نثبت المرسل»، وأيضًا ليس فيه دلالة على أن هذا الرجل أصابته جائحة.

ولما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «**أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها فكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ: تصدقوا عليه**». رواه مسلم.

ونوقش بما سبق: بأنه ليس فيه تصريح بأن هذا الرجل قد أصابته جائحة.

ولحديث أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ «**نهى عن بيع الثمار حتى تزهى، فقيل له: وما تزهى؟ قال: تحمر، فقال: أرأيت إن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟**». متفق عليه. =

. . . .

. . . .

. . . .

= وجه الدلالة: أنه لو كان الأمر بوضع الجوائح للوجوب لما كان لنهيه ﷺ عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها معنى؛ لأن علة النهي حفظ مال المسلم، وإذا وجب وضع الجوائح لم يبق للنهي معنى. (الأم ٣/ ٨٥، وإعلاء السنن ١٤/ ٣١).

ونوقش: بالفرق بين البيع قبل بدو الصلاح، والبيع بعد بدو الصلاح، إذ الثمرة قبل بدو الصلاح أكثر عرضة للجوائح منها بعد بدو الصلاح، فتبين بذلك أن للنهي عن البيع قبل بدو الصلاح معنى، والله أعلم.

(بدائع الصنائع ٥/ ٢٣٨، وبداية المجتهد ٢/ ١٤٤، والأم وروضة الطالبين ٣/ ٤٩٩، والمغني ٦/ ١٧٧، وكشاف القناع ٣/ ٢٤٢، والمحلى ٨/ ٣٧٩).

وأيضًا عند المالكية والحنابلة: أن جوائح البقول كالقثاء والخيار والباذنجان وما أشبه ذلك سواء تكرر حمله أم لم يتكرر فإنها توضع.

لكن اختلفوا في جوائح الزروع كالقمح والشعير والفول ونحوها.

فالوجه الأول عند الحنابلة: أنها توضع لما تقدم من الأدلة على وضع الجوائح، ولأنه بين اشتداده وحصاده مدة قد تصيبه فيها.

وعند المالكية والوجه الثاني عند الحنابلة: لا توضع جائحة الزرع؛ لأن الزرع لا يباع إلا بعد يبسه فهو كما لو باعه بعد وضعه في البيدر، فتأخير أخذه تفريط من المشتري. (المصادر السابقة).

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص (١٣٠): «فإن أصاب ذلك، أو أصاب الزرع الذي يجوز بيعه جائحة ولو من جراد أو جيش لا يمكن تضمينه فمن ضمان بائعه إن لم يفرط المشتري، وثبتت الجائحة في المزارع كما إذا اكتريت الأرض بألف مثلاً، وكانت تساوي بالجائحة =

. . . .

وَإِنْ أَتْلَفَهُ

النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح». رواه مسلم(١).

ولأن التخلية في ذلك ليست بقبض تام وإن[١] كان التالف يسيراً لا ينضبط فات على المشتري(٢)، **(وإن أتلفه)** أي الثمر المبيع على ما تقدم

= سبعمائة. . . وثبتت الجائحة في حانوت أو حمام نقص نفعه، وحكم بذلك أبو الفضل سليمان بن جعفر المقدسي.

قال أبو العباس: لكنه بخلاف ما رأيته عن الإمام أحمد، وقياس أصول أحمد ونصوصه: إذا تعطل نفع الأرض بآفة انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة كاستهدام الدار، ولو يبست الكروم بجراد أو غيره سقط من الخراج بحسب ما تعطل من النفع، وإذا لم يمكن الانتفاع به ببيع أو إجارة أو عمارة أو غير ذلك لم يجز المطالبة بالخراج». اهـ.

(١) أخرجه مسلم ٣/ ١١٩١ ـ المساقاة ـ ح ١٧، أبو داود ٣/ ٦٧٠ ـ البيوع ـ باب في بيع السنين ـ ح ٣٣٧٤، النسائي ٧/ ٢٦٥ ـ البيوع ـ باب وضع الجوائح ـ ح ٤٥٢٩، أحمد ٣/ ٣٠٩، الشافعي في المسند ص ١٤٥، وفي الأم ٣/ ٥٦، الحميدي ٢/ ٥٣٧ ـ ح ١٢٧٩، ابن الجارود في المنتقى ص ٢١٦ ـ ح ٦٤٠، الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ٣٤، الدارقطني ٣/ ٣١ ـ البيوع ـ ح ١١٨، البيهقي ٥/ ٣٠٦ ـ البيوع ـ باب ما جاء في وضع الجائحة، ابن عبد البر في التمهيد ٢/ ١٩٥، البغوي في شرح السنة ٨/ ٩٩ ـ البيوع ـ باب وضع الجائحة ـ ح ٢٠٨٣.

(٢) المشهور من المذهب: أنه يوضع قليل الجائحة وكثيره إلا اليسير الذي لا ينضبط؛ لعموم ما تقدم من الأحاديث الواردة بالأمر بوضع الجوائح، ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها، فما تلف فهو من مال البائع وإن قل. (المغني).

وعند المالكية: لا توضع الجائحة إلا إذا بلغت الثلث، إلا جائحة العطش وجائحة البقول فتوضع في القليل والكثير. =

[١] في/ م، ف بلفظ: (إن) بدون الواو.

آدَمِيٌّ، خُيِّرَ مُشْتَرٍ بَيْنَ الفَسْخِ وَالإِمْضَاءِ

(آدمي)(١) ولو البائع (خير مشتر بين الفسخ) ومطالبة البائع بما دفع من الثمن (والإمضاء) أي البقاء على البيع.

= وعللوا: بأن الطير يأكل والريح تنثر فيتلف بعض الثمرة في العادة فيحتاج إلى ما يفصل بين ذلك التالف وبين الجائحة، فقدر ذلك بالثلث؛ لأن الثلث اعتبره الشارع كالوصية، وعطية المريض، وتساوي جراح الرجل والمرأة.

ونوقش: بأن التقدير بالثلث وإن اعتبره الشارع في مواضع إنما ذلك في التبرعات، ولم يصح عن النبي ﷺ تقدير الثلث في المعاوضات، وعلى هذا فالراجح: ما ذهب إليه الحنابلة.

(الشرح الصغير ٢/ ٨٨، والمغني ٦/ ١٧٩، والكافي لابن قدامة ٢/ ٦٨٦، ومجموع الفتاوى ٣٠/ ٢٧٩).

وأما اليسير الذي لا ينضبط فلا يوضع؛ لأنه لا يؤثر في العادة، ولا يمكن التحرز منه، ولا يسمى عادة، والمرجع في اليسير للعرف.

(١) إذا أتلف الثمرة آدمي فلا يخلو من أمرين:

الأول: أن لا يمكن تضمينه، فإتلافه جائحة عند أكثر العلماء، قال شيخ الإسلام في مجموع الفتاوى ٣٠/ ٢٧٨: «المأخذ إنما هو في إمكان الضمان، ولهذا لو كان المتلف جيوش الكفار، أو أهل الحرب كان ذلك كالآفة السماوية، والجيوش واللصوص إن فعلوا ذلك ظلماً ولم يمكن تضمينهم فهم بمنزلة البرد في المعنى».

الثاني: أن يمكن تضمينه.

فجمهور أهل العلم: أن ذلك ليس من الجوائح؛ لإمكان الرجوع في البدل، وعلى هذا يخير المشتري كما ذكر المؤلف. =

[١] ساقط من/ ف، م.

[٢] في/ س بزيادة لفظ: (بين).

[٣] في/ س بلفظ: (المبيع).

وَمُطَالَبَةُ الْمُتْلِفِ وَصَلاحُ بَعْضِ الشَّجَرَةِ لَهَا وَلِسَائِرِ النَّوْعِ الَّذِي فِي الْبُسْتَانِ،

(ومطالبة المتلف) بالبدل، (وصلاح بعض) ثمرة (الشجرة صلاح لها ولسائر النوع الذي في البستان)[1]؛ لأن اعتبار الصلاح في الجميع يشق.

= وعند بعض المالكية: أنه يعتبر جائحة؛ لأن ما تلف لم يتم تسليمه. (المصادر السابقة).

مسألة: شروط وضع الجائحة:

لوضع الجوائح عند القائلين بذلك شروط:

١ ـ أن تباع الثمرة وحدها دون الأصل، وعلى هذا فإذا بيعت الثمرة مع أصلها ثم أجيحت الثمرة لم توضع جائحتها.

٢ ـ أن تكون الثمرة باقية على رؤوس الشجر لتمام نضجها، وانتظار وقت جذاذها، بأن تكون محتاجة للبقاء على رؤوس الشجر.

٣ ـ أن يكون الثمر عوضًا في بيع أو نحوه.

(١) وهذا هو المذهب: إذا بدا صلاح شجرة جاز بيعها، وسائر النوع في البستان، دون الأنواع الأخرى؛ لما علل به المؤلف، وقياسًا على الشجرة الواحدة.

وعند المالكية والشافعية، واختاره شيخ الإسلام: إذا بدا الصلاح في شجرة جاز بيع سائر أنواعها من الجنس الواحد؛ لأن أنواع الجنس يتلاحق طيبه عادة، وأيضًا لو قيل بعدم جواز بيع الجنس الواحد ببدو الصلاح في بعضه، لأدى ذلك إلى المشقة والضرر.

وعند بعض الحنابلة: يشترط لجواز بيع الثمرة أن يبدو الصلاح في كل شجرة من شجر الثمر المباع؛ لأن ما لم يبد صلاحه من الأشجار داخل في عموم النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها. =

. . . .

وبدو الصَّلاحِ فِي ثَمَرِ النَّخْلِ أَنْ تَحْمَرَّ أَوْ تَصْفَرَّ،

(وبدو الصلاح في ثمر النخل أن تحمر أو تصفر)؛ لأنه ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو، قيل لأنس: وما زهوها؟ قال: تحمار أو تصفار (١)(٢)(٣).

= ونوقش: بأن ما لم يبد صلاحه من الأشجار جاز بيعه تبعًا لسائر النوع الواحد، ويثبت تبعًا ما لا يثبت استقلالاً.

وأما قول المالكية والشافعية: فلا يسلم أن صلاح النوع صلاح لسائر الأنواع؛ لأن اختلاف الأنواع يؤثر في قطع التبعية، وصلاح الأنواع متباعد، وعلى هذا فالأقرب ما ذهب إليه الحنابلة.

(التمهيد ٢/ ١٩٠، وشرح الخرشي ٥/ ١٨٥، وتكملة المجموع ١١/ ٣٦٠، والمبدع ٤/ ١٧٣، والاختيارات ص (١٣٠)، وكشاف القناع ٣/ ٢٨٧).

وفي المغني ٦/ ١٥٦: «وصلاح بعض ثمرة الشجرة صلاح لجميعها، لا يختلف المذهب فيه، فيباح بيع جميعها بذلك لا نعلم فيه خلافًا».

(١) وفي حديث جابر رضي الله عنه: «حتى تشقح، فقيل: وما تشقح؟ قال: تحمار وتصفار، ويؤكل منها». رواه البخاري.

(٢) أي يظهر في بلح النخل لون الحمرة أو الصفرة بكمودة، أو أوائل ذلك، وليس المراد اللون الخالص.

(٣) أخرجه البخاري ٢/ ١٣٤ ـ الزكاة ـ باب من باع ثماره أو نخله، ٣/ ٣٤، ٣٦ ـ البيوع ـ باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، وباب بيع النخل قبل أن يبدو صلاحها، وباب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة، وباب بيع المخاضرة، مسلم ٣/ ١١٩٠ ـ المساقاة ـ ح ١٥ ـ من حديث أنس بن مالك.

وَفِي العِنَبِ أَنْ يَتَمَوه حُلْوًا، وَفِي بَقِيَةِ الثَّمَراتِ أَنْ يَبْدُوَ فِيهِ النُّضْجُ وَيَطِيبُ أَكْلُهُ،

(**وفي العنب أن يتموه حلوًا**)(١) لقول أنس: «نهى النبي ﷺ عن بيع العنب حتى يسود». رواه أحمد ورواته ثقات(٢)، قاله في «المبدع»[١](٣).

(**وفي بقية الثمرات**) كالتفاح والبطيخ (**أن يبدو فيه النضج ويطيب أكله**)؛ لأنه ﷺ «نهى عن بيع الثمرة حتى تطيب»(٤). متفق عليه(٥).

---

(١) في المطلع ص (٢٤٤): «تموه العنب: أن يصفو لونه، ويظهر ماؤه، وتذهب حموضته، ويستفيد شيئًا من الحلاوة، فإن كان أبيض حسن قشره الأعلى، وضرب إلى البياض، وإن كان أسود فحين يوكت ـ الوكتة: الأثر في الشيء كالنقطة من غير لونه ـ ويظهر فيه السواد».

(٢) تقدم تخريجه ص ٥٤.

(٣) ٤/ ١٧٣.

وفي الإنصاف ١٢/ ٢٠٧: «وبدو الصلاح في ثمرة النخيل: أن يحمر ويصفر، وفي العنب: أن يتموه، وكذا قال كثير من الأصحاب.

وقال المصنف في المغني والشارح وغيرهما: حكم ما يتغير لونه عند صلاحه كالإجاص والعنب الأسود حكم ثمرة النخيل بأن يتغير لونه، وفي سائر الثمر أن يبدو فيه النضج ويطيب أكله.

وقال صاحب المحرر وتبعه في الفروع وجماعة: بدو صلاح الثمر أن يطيب أكله ويظهر نضجه، وهذا الضابط أولى، والظاهر: أنه مراد غيرهم، وما ذكروه علامة على هذا». اهـ.

(٤) أي يطيب أكله.

(٥) أخرجه البخاري ٣/ ٣٢ ـ البيوع ـ باب بيع الثمر على رؤوس النخل، مسلم ٣/ ١١٦٧ ـ البيوع ـ ح ٥٣، أحمد ٣/ ٣١٢، ٣٢٣، ٣٩٥، البيهقي ٥/ ٣٠٩ ـ البيوع ـ باب بيع العرايا ـ من حديث جابر بن عبد الله.

---

[١] في/ س بلفظ: (المجموع).

وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا لَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِبَائِعِهِ إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُشْتَرِي،

والصلاح في نحو قثاء: أن يؤكل عادة(١)، وفي حب: أن يشتد أو يبيض(٢).

(ومن باع عبدًا) أو أمة **(له مال فماله لبائعه إلا أن يشترطه المشتري)** لحديث ابن عمر مرفوعًا: «**من باع عبدًا وله مال فماله لبائعه**[١] **إلا أن يشترطه المبتاع**»(٣). رواه مسلم(٤).

---

(١) وهذا هو المذهب.

وقال القاضي وابن عقيل: صلاحه تناهي عظمه.

وقال في التلخيص: صلاحه التقاطه عرفًا، وإن طاب أكله قبل ذلك. (المصدر السابق).

(٢) أي يصلب ويقوى، وتقدم.

(٣) في المغني ٦/ ٢٥٧: «إذا باع عبده أو أمته، وله مال ملكه إياه أو خصه به فهو للبائع... ولأن العبد وماله للبائع فإذا باع العبد اختص البيع به دون غيره كما لو كان له عبدان فباع أحدهما، وإن اشترطه المبتاع كان له للخبر، روي ذلك عن عمر بن الخطاب، وقضى به شريح، وبه قال مالك والشافعي وإسحاق».

وفي الإنصاف مع الشرح ١٢/ ٢١٠: «قوله: ومن باع عبدًا له مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع بلا نزاع في الجملة، وقياس قول المصنف في مزارع القرية: أو بقرينة يكون للمبتاع بتلك القرينة. قلت: وهو الصواب، واختاره المصنف ـ ابن قدامة ـ في شراء الأمة من الغنيمة يتبعها ما عليها مع علمها به.

ونقل الجماعة عن أحمد: لا يتبعها، وهو المذهب». اهـ.

(٤) تقدم تخريجه ص (١٣٧).

---

[١] في/ ش، ط، م، هـ بلفظ: (للبائع).

فَإِنْ كَانَ قَصْدُهُ المَالَ اشْتَرَطَ عِلْمَهُ وَسَائِرُ شُرُوطِ لِبَيْعٍ وَإِلاَّ فَلاَ،

(فإن كان قصده) أي المشتري (المال) الذي مع العبد[(١)] (اشترط علمه) أي العلم بالمال (وسائر شروط البيع)[(٢)]؛ لأنه مبيع مقصود أشبه ما لو ضم إليه عينًا أخرى، (وإلا) يكن قصده المال (فلا) يشترط له شروط البيع وصح شرطه ولو كان مجهولا[(٣)]؛ لأنه دخل تبعًا أشبه أساسات الحيطان[(٤)]، وسواء كان مثل الثمن أو فوقه أو دونه[(٥)].

وإذا شرط مال العبد ثم رده بإقالة، أو[١] غيرها[(٦)] رده معه[(٧)]، (وثياب

---

(١) ولم يقصد تركه للرقيق. (حاشية العنقري ٢/ ١٣٥).

(٢) من العلم به، وأن لا يشارك الثمن في علة ربا الفضل ونحوه كما يعتبر في العينين المبيعتين؛ لأنه مبيع مقصود فأشبه ما لو ضم إلى العبد عينًا أخرى وباعهما. (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٢١٢).

(٣) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٢١٢: «نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وأبي ثور والبتي، وسواء كان المال من جنس الثمن أو من غير جنسه عينًا كان أو دينًا، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر».

(٤) والحمل في البطن، واللبن في الضرع. (المصدر السابق).

(٥) كأن باع عبداً بألف درهم ومعه ألف درهم، أو أقل أو أكثر فالبيع جائز إذا كان رغبة المبتاع في العبد لا في الدراهم؛ لأنه دخل في المبيع تبعًا غير مقصود. (المصدر السابق).

(٦) كخيار، أو عيب، أو تدليس ونحو ذلك.

(٧) في كشاف القناع ٣/ ٣٨٨: «لأنه عين مال أخذه المشتري به فيرده بالفسخ كالعبد، فإن تلف ماله أي الرقيق، وأراد المشتري رده بنحو عيب فله ذلك، وعليه أي المشتري قيمة ما تلف من المال عنده كما لو تعيب عنده ثم رده، ولا يفرق بين العبد المبيع وبين امرأته ببيعه بل النكاح باق مع البيع لعدم ما يوجب التفريق»، ونقل في المغني / عن داود: «يرده دون ماله».

---

[١] في/ م، ف، هـ بلفظ: (وغيرها).

لِلْبَائعِ وَالعَادَةُ لِلْمُشْتَرِي.

الجمال) التي على العبد المبيع (للبائع) لأنها زيادة على العادة [١ ولا يتعلق بها حاجة [العبد][٢]، (و) ثياب لبس (العادة ١] للمشتري)؛ لجريان العادة ببيعها معه(١)، ويشمل بيع دابة كفرس لجامًا ومقودًا ونعلًا(٢)(٣).

* * *

---

(١) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

ولأن ثياب البذلة جرت العادة ببيعها معه، ولأنها تتعلق بها حاجته ومصلحته فجرت مجرى مفاتيح الدار، بخلاف ثياب الجمال فإنها زيادة على العادة، ولا تتعلق بها حاجة العبد، وإنما يلبسها إياه لينفقه بها، وهذه حاجة السيد لا حاجة العبد، ولم تجر المسامحة فيها، فجرت مجرى الستور في الدار، والدابة التي يُركبه عليها.

وقال ابن عمر: «من باع وليدة زينها بثياب فللذي اشتراها ما عليها إلا أن يشترطه الذي باعها». وبه قال الحسن والنخعي».

(المحلى ٩/ ٤٣٢، والمغني ٦/ ٢٥٨).

(٢) اللجام بكسر اللام: ما يجعل في فم الدابة.

والمقود: في المصباح ٢/ ٥١٨ «بالكسر: الحبل يقاد به، والجمع: مقاود».

والنعل: في المصباح ٢/ ٦١٣ «الحذاء، وهي مؤنثة»، ويجعل من حديد وغيره.

(٣) فالمذهب ومذهب الحنفية: أن من باع حيوانًا تبعه ماجرى العرف بتبعيته كاللجام والمقود والسرج والنعل.

وعند الشافعية: يدخل في البيع ما كان متصلاً بالحيوان كالبره ـ الحلقة التي في أنف الدابة، وكالنعل المسمر، وأما اللجام والسرج والمقود فلا يدخل في بيع الحيوان اقتصارًا على مقتضى اللفظ.

(الهداية ٣/ ٢٥، وحاشية ابن عابدين ٤/ ٣٨، ونهاية المحتاج ٤/ ١٣٠، وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٢١٣).

[١ ـ ١] ساقط من/ ف، م.

[٢] ساقط من/ س.

باب السلم

باب السلم(١)(٢)

هو لغة أهل الحجاز(٣)، والسلف لغة أهل العراق، وسمي سلمًا لتسليم رأس المال في المجلس [وسلفًا][١] لتقديمه.

---

(١) أي هذا باب يذكر فيه أحكام السلم، والتصرف في الدين، وما يتعلق بذلك. (حاشية ابن قاسم ٥/ ٣).

(٢) في لسان العرب ١٢/ ١٨٤: «السَلَم: السلف، وأسلم في الشيء وسلم وأسلف بمعنى واحد، والاسم: السلم. . . . وأسلم إليه الشيء دفعه» فهو لغة التقديم؛ لتقديم رأس المال.

وفي المطلع ص (٢٤٥): «قال الأزهري: السلم والسلف واحد، يقال: سلم وأسلم، وسلف وأسلف بمعنى واحد، هذا قول جميع أهل اللغة، إلا أن السلف يكون قرضًا».

وقيل: السلف: تقديم رأس المال، والسلم تسليمه في المحل، فالسلف أعم. (انظر: كشاف القناع ٣/ ٢٨٨).

(٣) في حاشية العنقري ٢/ ١٣٦: «قوله: لغة أهل الحجاز يرد عليه قوله ﷺ: «**من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم**»، وقوله تعالى: ﴿بِمَا أَسْلَفْتُمْ فِي الْأَيَّامِ الْخَالِيَةِ﴾.

---

[١] ساقط من/ م، ف.

وَهُوَ عَقْدٌ عَلَىٰ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَةِ، مُؤَجَّلٌ بِثَمَنٍ مَقْبُوضٍ بِمَجْلِسِ العَقْدِ

(وهو) شرعًا (**عقد على موصوف**)(١) ينضبط بالصفة (**في الذمة**)(٢) فلا يصح في عين كهذه[١] الدار(٣) (**مؤجل**)(٤) بأجل معلوم (**بثمن مقبوض بمجلس العقد**)(٥)(٦).

وهو جائز بالإجماع(٧) لقوله عليه السلام: «**من أسلف في**

---

(١) يصح بيعه، يشمل العين والمنفعة (انظر: حاشية العنقري ٢/ ١٣٦).

(٢) أي غير معين، ويأتي.

(٣) يأتي بيانه في شروط صحة السلم: «الشرط السابع».

(٤) ليخرج الحال، ويأتي بيانه في شروط صحة السلم: «الشرط الرابع».

(٥) يأتي بيانه في شروط صحة السلم: «الشرط السادس».

ومن تعاريف الحنفية كما في تحفة الفقهاء ٢/ ٦: «عقد يثبت به الملك في الثمن عاجلاً وفي المثمن آجلاً».

ومن تعاريف المالكية كما في أحكام القرآن للقرطبي ٣/ ٣٧٨: «بيع معلوم في الذمة محصور في الصفة، بعين حاضرة أو ما في حكمها إلى أجل معلوم».

ومن تعاريف الشافعية كما في فتح العزيز ٩/ ٢٠٧: «عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً».

(٦) وفي كشاف القناع ٣/ ٣٨٩: «والأولى: أنه بيع موصوف في الذمة إلى أجل».

(٧) في حاشية العنقري ٢/ ١٣٧: «لو قال بالكتاب والسنة والإجماع لكان أولى».

وقد نقل ابن قدامة في المغني ٦/ ٣٨٤ «الإجماع على جوازه، وابن هبيرة في الإفصاح ١/ ٣٦٣ نقل اتفاق الأئمة عليه».

---

[١] في/ ف بلفظ: (هذه).

. . . .

شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»(١)

(١) فمشروعية السلف من القرآن: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾.

قال ابن عباس رضي الله عنهما: «أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه» ثم قرأ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ رواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة والحاكم وصححه على شرط الشيخين.

ومن السنة ما أورده المؤلف من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

ومن آثار الصحابة ما رواه ابن أبي مجالد قال: اختلف عبد الله بن شداد ابن الهاد وأبو بردة في السلف فبعثوا بي إلى أبي أوفى رضي الله عنه فسألته فقال: إنا كنا نسلف على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر في الحنطة والشعير والزبيب والتمر. وسألت ابن أبزى فقال مثل ذلك» رواه البخاري.

وهل السلم على وفق القياس أو على خلاف القياس؟

جمهور أهل العلم على أنه على خلاف القياس؛ لأنه بيع معدوم.

وعند ابن حزم وبه قال شيخ الإسلام وابن القيم: أن السلم وفق القياس، فكما يجوز في البيع أن يكون الثمن مؤجلاً في الذمة فكذا المثمن.

وكذا فإنه ليس داخلاً في نهي النبي ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان إذ المقصود بنهيه ﷺ بيع عين معينة ليست عنده بل ملك للغير فيبيعها ثم يسعى في تحصيلها (المحلى ٩/ ١٠٥، وإعلام الموقعين ١/ ٣٨٤).

(انظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢٠١، وبداية المجتهد ٢/ ٢٢٨، والإشراف ١/ ٢٨٠، وشرح المنتهى ٢/ ٢١٨).

وقال شيخ الإسلام رحمه الله في مجموع الفتاوى ٢٠/ ٥٢٩: «ونهي =

. . . .

وَيصِحُ بِألْفَاظِ البَيْعِ وَالسَلَمِ وَالسَلَفِ.

متفق عليه[١].

(ويصح) السلم (بألفاظ البيع)[٢] لأنه بيع حقيقة[٣] (و) بلفظ (السلم والسلف) لأنهما حقيقة[٤] فيه، إذ هما اسم للبيع الذي عجل ثمنه

= النبي ﷺ حكيم بن حزام عن بيع ما ليس عنده، إما أن يراد به بيع عين معينة فيكون قد باع مال الغير قبل أن يشتريه وفيه نظر، وإما أن يراد به بيع ما لا يقدر على تسليمه، وإن كان في الذمة وهذا أشبه فيكون قد ضمن له شيئًا لا يدري هل يحصل أو لا يحصل وهذا في السلم الحال إذا لم يكن عنده ما يوفيه، والمناسبة فيه ظاهرة، فأما السلم المؤجل فإنه دين من الديون وهو كالابتياع بثمن مؤجل...».

(١) أخرجه البخاري ٣/ ٤٤، ٤٦ - السلم - باب السلم في كيل معلوم، وباب السلم في وزن معلوم، وباب السلم إلى أجل معلوم، مسلم ٣/ ١٢٢٧ - المساقاة - ح ١٢٧، ١٢٨ - من حديث عبد الله بن عباس.

(٢) كابتعت منك ما صفته كذا، وكيله كذا، إلى كذا، وبكل ما ينعقد به البيع كتملكت واتهبت ونحوه.

(٣) في حاشية العنقري ٢/ ١٣٦: «الفرق بين البيع والسلم: أن السلم يكون الثمن فيه حالاً غير مؤجل هذا شرطه، و أما إن كان الثمن مؤجلاً فهو بيع مؤجل لا سلم فالبيع أعم، إذ البيع يكون فيه الثمن حالاً ويكون مؤجلاً، وأما السلم فخاص بما إذا كان الثمن حالاً فقط...».

(٤) كأسلمتك هذا الدينار في كذا من القمح، أو أسلفتك كذا في كذا.

بِشُرُوطٍ سَبْعَةٍ: أَحَدُهَا : انْضِبَاطُ صِفَاتِهِ

وأجل مثمنه[1] (بشروط سبعة) زائدة على شروط البيع، والجار متعلق بـ«يصح».

(أحدها: انضباط صفاته)[2] التي يختلف الثمن باختلافها اختلافًا كثيرًا ظاهرًا؛ لأن ما لا يمكن ضبط صفاته يختلف كثيرًا فيفضي إلى المنازعة

---

(١) فعند جمهور أهل العلم أن السلم بيع؛ لما ذكره المصنف.

وعند ابن حزم: ليس بيعًا، قال ابن حزم: «السلم ليس بيعًا؛ لأن التسمية في الديانات ليست إلا لله عز وجل على لسان رسوله ﷺ، وإنما سماه رسول الله ﷺ السلف أو التسليف أو السلم».

(فتح القدير ٧/ ٧٢، مقدمات ابن رشد ٣/ ١١٧، ومواهب الجليل ٤/ ٥٣٨، وفتح العزيز ٩/ ٢٢٤، وشرح المنتهى ٢/ ٢١٤، والمحلى ٩/ ١٠٥).

فجمهور أهل العلم ينعقد بلفظ البيع لما علل به المؤلف.

وعند الشافعية: لا ينعقد سلمًا بلفظ البيع، وإنما ينعقد بيعًا نظرًا للفظ، وعلى هذا لا يشترط فيه قبض رأس المال.

وأما الحكمة من السلم فقد قال ابن قدامة في المغني ٦/ ٣٨٥: «ولأن بالناس حاجة إليه؛ لأن أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكمل، وقد تعوزهم النفقة فجوز لهم السلم ليرتفقوا، ويرتفق المسلم بالاسترخاص».

(٢) وهذا باتفاق الفقهاء؛ لحديث ابن عباس رضي الله عنهما الذي أورده المؤلف قريبًا، ولما علل به المؤلف رحمه الله.

(فتح القدير ٧/ ١١٣، والمدونة ٣/ ١٢٦، وبداية المجتهد ٢/ ١٧٧، والمهذب ١/ ٣٠٤، والمغني ٦/ ٣٨٤، والإفصاح ١/ ٣٦٣).

بِمَكِيلٍ وَمَوْزُونٍ

والمشاقة[(١)] (بمكيل) أي كمكيل[(٢)] من حبوب وثمار وخل ودهن ولبن ونحوها، (وموزون) من قطن وحرير وصوف ونحاس[(٣)] وزئبق وشب وكبريت وشحم ولحم نيء[(٤)].

---

(١) في حاشية العنقري ٢/ ١٣٧ نقلاً عن ابن فيروز: «فالتمر إذا كان نوع منه يختلف بالسواد والحمرة يذكر كونه أحمر أو أسود للاختلاف المذكور، بخلاف ما إذا كان ذلك النوع أحمر إلا أن بعضه زائد في الحمرة قليلاً عن بعض الآخر، فإن مثل ذلك لا يختلف به الثمن اختلافًا ظاهرًا».

(٢) أي من مكيل، وقول الشارح: «كمكيل من حبوب» إصلاح للعبارة؛ لأن ظاهرها أن ضبط الصفات بمكيل ونحوه، وليس كذلك، بل ضبط الصفات بما هو أعم كما يأتي.

ولو قال الشارح من مكيل لكان أبين؛ لأنه لم يثبت أن (الباء) تأتي بمعنى (الكاف) بخلاف (من) (حاشية ابن قاسم ٥/ ٦).

(٣) وذهب وفضة ورصاص ونحو ذلك (المصدر السابق).

(٤) وظاهر كلامه: أن اللحم المطبوخ والمشوي لا يصح السلم فيه وهو المذهب.

وأما غير ذلك مما أمكن ضبطه مما عمل بالنار، فيصح السلم فيه كالخبز ونحوه، وهو المذهب ومذهب المالكية؛ لأن عمل النار فيه معلوم بالعادة ممكن ضبطه بالنشاف والرطوبة فصح السلم فيه كالمجفف في الشمس.

وعند الشافعية: لايجوز السلم فيه؛ لأن عمل النار فيه مختلف فلا يمكن ضبطه.

(المهذب ١/ ٣٠٤، وبلغة السالك ٢/ ٥٥١، والمغني ٦/ ٣٨٧).

. . . .

وَمَذرُوعٍ، وأَمَّا المَعْدُودُ المُخْتَلَفُ كَالفَواكِهِ

ولو مع عظمه إن عين موضع قطع(١)، [١(ومذروع) من ثياب وخيوط١]، (وأما المعدود المختلف كالفواكه)(٢) المعدودة كرمان فلا يصح

---

(١) وهذا قول جمهور أهل العلم: صحة السلم في اللحم؛ لأنه موزون يمكن ضبط صفاته المقصودة، كبيان جنسه ونوعه وسنه وموضع القطع كفخذ ونحوه.

وعند الحنفية: لا يصح السلم في الحيوان؛ لأنه غير مضبوط الصفات لاختلافه في السمن والهزال، والطعم لاختلاف المرعى.

(فتح القدير ٧/ ٨٤، وبلغة السالك ٢/ ٥٥١، وفتح الوهاب ١/ ١٩٠، والمغني ٦/ ٣٩١).

والأقرب: قول الجمهور لما عللوا به، وما ذكره الحنفية يمكن ضبطه.

(٢) المعدودات تنقسم إلى قسمين:

الأول: أن تكون متماثلة، فهذا يصح السلم فيها باتفاق الأئمة.

وقال ابن حزم في المحلى ٩/ ١٠٥: «ولا يجوز السلم إلا في مكيل أو موزون فقط، ولا يجوز في حيوان ولا مزروع ولا معدود، ولا في شيء غير ما ذكرنا».

الثاني: أن تكون مختلفة.

فالمذهب: عدم صحة السلم في المعدود المختلف؛ لما علل به المؤلف.

وعند الحنفية والشافعية ورواية عن الإمام أحمد: يصح السلم في المعدود المختلف ويقدر بالوزن؛ لأنه لا يمكن تقديرها بالعدد لاختلافها كثيراً، ولا بالكيل لأنه يتجافى في المكيال.

وعند المالكية: تقدر بالوزن، أو بالعد مع ضبط الحجم.

(حاشية رد المحتار ٥/ ٢١١، وحاشية الدسوقي ٣/ ٢٠٧، وفتح الوهاب ١/ ١٨٨، والمغني ٦/ ٤٠١).

والأقرب: (أن كل ما أمكن ضبطه صح السلم فيه).

[١ـ١] ساقط من/ م، ف.

وَالبُقُولِ وَالجُلُودِ والرؤُوسِ،

السلم فيه لاختلافه[١] بالصغر والكبر، (و)[٢] كـ (**البقول**) لأنها تختلف ولا يمكن [٣ تقديرها [بالحزم][٤] (١).

(و) كـ (**الجلود**)(٢) لأنها تختلف ولا يمكن٣] ذرعها لاختلاف الأطراف، (و) كـ (**الرؤوس**) والأكارع؛ لأن أكثر ذلك العظام والمشافر[٥] (٣).

---

(١) وهذا هو المذهب.

وتقدم صحة السلم في المعدود المختلف عند أكثر أهل العلم.

والضابط في ذلك: أن كل ما أمكن ضبطه صح السلم فيه.

وفي المغني ٦/ ٣٩٠: «ونقل إسماعيل بن سعيد وابن منصور ـ أي عن الإمام أحمد ـ جواز السلم في الفواكه والموز والخضروات ونحوها؛ لأن كثيراً من ذلك يتقارب وينضبط بالكبر والصغر، وما لا يتقارب ينضبط بالوزن كالبقول ونحوها، فيصح السلم فيه كالمزروع، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي والأوزاعي...».

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعي: لما علل به المؤلف.

وعند الحنفية والمالكية: يصح السلم فيها لإمكان ضبطها بالوصف (المصادر السابقة).

(٣) جمع مشفر، وهو شفة الحيوان.

وفي كشاف القناع ٣/ ٢٩٠: «لأن أكثر ذلك العظام والمشافر واللحم فيها قليل، وليست موزونة».

---

[١] في س بلفظ: (لاختلافهم).

[٢] ساقط من/ م.

[٣ـ٣] ساقط من/ ش.

[٤] ساقط من/ م، ف.

[٥] في/ س بلفظ: (المسافر).

وَالأَوَانِـي المُخْتَلِفَةِ الـرؤوسِ وَالأَوْسَاطِ: كَالـقَمَاقِمِ والأسْطَالِ الـضَيِّقَةِ الرُؤُوسِ وَالجَوَاهِر

(و)[١] كـ (**الأواني المختلفة الرؤوس والأوساط: كالقماقم**[٢](١) **والأسطال**(٢) **الضيقة الرؤوس**) لاختلافها[٣](٣).

(و) كـ (**الجواهر**)(٤) واللؤلؤ والعقيق ونحوه(٥)؛ لأنها تختلف[٤]

---

(١) في المصباح ٢/ ٥١٧: «والقمقم: آنية لعطار.
والقمقم أيضًا: آنية من نحاس يسخن فيه الماء، ويسمى المحَمَّ، وأهل الشام يقولون: غلاية، والقمقم رومي معرب، وقد يؤنث بالهاء فيقال: قُمْقُمة، والقمقمة: وعاء من صفر له عروتان يستصحبه المسافر، والجمع: القماقم».

(٢) في القاموس المحيط ٢/ ٥٦١: «جمع سطل: طست صغيرة، أو طست لها عروة».

(٣) المذهب ومذهب الشافعية: لا يجوز السلم في الأواني المختلفة؛ لعدم إمكان ضبط صفاتها لاختلاف رؤوسها وأوساطها.
وعند المالكية: صحة السلم فيها؛ لإمكان ضبط صفاتها ببيان ارتفاعها، ودور أسفلها وأعلاها. (المصادر السابقة).
والأقرب: صحة السلم فيها؛ لإمكان ضبطها وخصوصًا في وقتنا الحاضر إذ تنتج هذه الأواني عن طريق الآلات التي تضبطها تمامًا.

(٤) وهذا قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف.
وعند المالكية: يصح السلم فيها إذا اشرط منها شيئًا معلومًا، وإن كان وزنًا فبوزن معروف (المصادر السابقة).

(٥) والياقوت، والدر، والمرجان، والزبرجد.

---

[١] في / س، ط بلفظ: (والأواني).

[٢] في / ف بلفظ: (كالقمالم).

[٣] في/ ط بلفظ: (لاختلافهما).

[٤] في/ س بلفظ: (لا تختلف).

وَالحَامِلِ مِنَ الحَيوَانِ، وَكُلِّ مَغْشُوشٍ،

اختلافًا متباينًا بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة الضوء والصفاء، (و) كـ (الحامل من الحيوان)(١) كأمه حامل(٢)؛ لأن الصفة[١] لا تأتي على ذلك والولد مجهول غير محقق، وكذا لو أسلم في أمة وولدها(٣) لـنـدرة[٢] جمعهما الصفة.

(وكل مغشوش) لأن غشه يمنع العلم بالقدر المقصود منه(٤)، فإن كانت الأثمان خالصة صح السلم فيها ويكون رأس المال غيرها(٥)، ويصح السلم

---

(١) جمهور أهل العلم: صحة السلم في الحيوان غير الحامل؛ لأن النبي ﷺ «استسلف بكرًا ورد رباعيًا» رواه مسلم، ولحديث ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعًا: «لا تباشر المرأة المرأة فتصفها لزوجها حتى كأنه ينظر إليها» متفق عليه. ولإمكان ضبطه بالوصف.

وعند الحنفية: لا يصح السلم في الحيوان؛ لأنه وإن أمكن ضبط صفاته الظاهرة، فلا يمكن ضبط صفاته الباطنة (المصادر السابقة).

(٢) وفرس حامل.

وفي المغني ٦/ ٣٨٦: «ولا يصح في الحوامل من الحيوان؛ لأن الصفة لا تأتي عليها... وفيه وجه آخر: أنه يصح؛ لأن الحمل لا حكم له مع الأم، بدليل صحة بيع الحامل وإن اشترط، ولا نقول بأن الجهل بالحمل مبطل للبيع، لكن إن لم تكن حاملاً فله الرد، وإذا صح البيع صح السلم؛ لأنه بيع».

(٣) وكذا أيضًا لو أسلم في أمة وأختها، أو عمتها، أو خالتها ونحوها (الإنصاف مع الشرح الكبير ١٢/ ٢٣٢).

(٤) لأنه مجهول لا ينضبط بالصفة.

(٥) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم.

قال ابن قدامة: «لأنها تثبت في الذمة صداقًا فتثبت سلمًا كالعروض، ولأنه لا ربا بينهما من حيث التفاضل ولا النساء ـ لكون رأس المال من غيرها ـ =

---

[١] في/ س بلفظ: (الصفا).

[٢] في/ ف بلفظ: (الندره).

وَمَا يَجْمَعُ أَخْلاطًا غَيْرَ مُتَمَيزَةٍ كَالغَالِيَةِ وَالمَعَاجِينِ، فَلا يَصِحُ السَلَمُ فِيهِ،

في فلوس ويكون رأس المال عرضًا(١).

(**وما يجمع أخلاطًا**) مقصودة (**غير متميزة كالغالية**) والند(٢) (**والمعاجين**) التي يتداوى[١] بها (**فلا يصح السلم فيه**) لعدم انضباطه(٣).

= فصح إسلام أحدهما في الآخر كالعرض في العرض».

وقال ابن حزم: «السلم جائز في الدنانير والدراهم إذا أسلم فيهما عرضًا، لأنهما وزن معلوم فهو حلال بنص كلامه عليه السلام».

وعند الحنفية: لا يجوز كون المسلم فيه نقدًا؛ لأن المسلم فيه لابد أن يكون مثمنًا، والنقود أثمان فلا تكون مسلمًا فيه.

ونوقش: بعدم التسليم، إذ هي موزونة فهي داخلة في قوله ﷺ: «**من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم**».

(فتح القدير ٦/ ٢٠٦، والأشراف ١/ ٢٨١، ومنح الجليل ٣/ ١١، وأسنى المطالب ٢/ ١٣٧، وشرح المنتهى ٢/ ٢١٥).

(١) في كشاف القناع ٣/ ٢٩١: «ويصح السلم في فلوس، ولو نافقة عددية أو وزنية، ولو كان رأس مالها أثمانًا؛ لأنها أي الفلوس عرض لا ثمن، وهذا الصواب، لكن تقدم لك في الربا أنها ملحقة بالأثمان على الصحيح، فلا يصح إن كان رأس مالها ثمنًا لفوات التقابض».

(٢) في المطلع ص (٢٤٥): «الغالية: نوع من الطيب مركب من مسك وعنبر وعود ودهن، وهي معروفة عن ابن الأثير، وقال: يقال: أول من سماها بذلك سليمان بن عبد الملك، تقول: منه تغليت بالغالية.

وأما النَّد بفتح النون فهو الطيب المعروف، قيل: هو مخلوط من مسك وكافور، قال الجوهري وابن فارس وغيرهما ليس بعربي».

(٣) في الإنصاف مع الشرح ١٢/ ٢٣٧: «ولا يصح فيما يجمع أخلاطًا غير-

---

[١] في/ م، ف بلفظ: (يداوى).

وَيَصِحُ فِي الحَيوَانِ وَالثِيابِ المَنْسُوجَةِ مِنْ نوعيْنِ،

[[١] (ويصح) السلم[٢] (في الحيوان)(١) ولو آدميًا لحديث أبي رافع «أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكرًا» رواه مسلم[١]](٢).

(و) يصح أيضًا في (الثياب المنسوجة من نوعين) كالكتان والقطن ونحوهما(٣) لأن ضبطها[٣] ممكن، وكذا نشاب ونبل مريشان[٤] (٤) وخفاف ورماح.

= متميز كالغالية والند والمعاجين ونحوها بلا نزاع أعلمه». وهذا هو المذهب.
وتقدم (أن كل ما أمكن ضبطه صح السلم فيه) وما يجمع أخلاطًا يصح ضبطه الآن عن طريق الآلات.

(١) تقدم بحث السلم في الحيوان عند قول المؤلف: «والحامل من الحيوان».

(٢) البكر بالفتح: الفتي من الإبل، بمنزلة الغلام من الناس، والأنثى بكرة، النهاية في غريب الحديث ١/ ١٤٩.
والحديث أخرجه مسلم ٣/ ١٢٢٤ ـ المساقاة ـ ح ١١٨، ١١٩، أبو داود ٣/ ٦٤١ ـ ٦٤٢ ـ البيوع ـ باب في حسن القضاء ـ ح ٣٣٤٦، الترمذي ٣/ ٦٠٠ ـ البيوع ـ باب ما جاء في استقراض البعير ـ ح ١٣١٨، النسائي ٧/ ٢٩١ ـ البيوع ـ باب استسلاف الحيوان واستقراضه ـ ح ٤٦١٧، ابن ماجه ٢/ ٧٦٧ ـ التجارات ـ باب السلم في الحيوان ـ ح ٢٢٨٥، الدارمي ٢/ ١٧٠ ـ البيوع ـ باب الرخصة في استقراض الحيوان ـ ح ٢٥٦٨، مالك/ ٦٨٠ ـ البيوع ـ ح ٨٩، أحمد ٦/ ٣٩٠، البيهقي ٥/ ٣٥٣، ٦/ ٢١، البغوي في شرح السنة ٨/ ١٩١ ـ ح ٢١٣٦.

(٣) كإبريسم.

(٤) النشاب: السهم الفارسي.

[١ ـ ١] ساقط من / م، ف.

[٢] في/ ف، م بزيادة لفظ: (أيضًا).

[٣] في/ م، ف، هـ بلفظ: (ضبطهما).

[٤] في/ س بلفظ: (مر يتان).

وَمَا خَلْطُهُ غَيْرُ مَقْصُودٍ كَالجُبْنِ وَخَلِ التَّمْرِ وَالسَكَنْجِبِين وَنحوَهَا.

الثَّانِي: ذِكْرُ الجِنْسِ وَالنَّوعِ،

(و) يصح أيضًا فيه (ما[1] خلطه) بكسر الخاء (غير مقصود كالجبن) فيه المنفحة(١) (وخل التمر)(٢) فيه الماء (والسكنجبين)(٣) فيه الخل (ونحوها) كالشيرج(٤) والخبز والعجين(٥).

الشرط (الثاني: ذكر الجنس والنوع)(٦) أي جنس . . . .

= وفي المصباح ٢/ ٥٩١: «النبل: السهام العربية وهي مؤنثة لا واحد لها من لفظها، بل الواحد سهم فهي مفردة اللفظ مجموعة المعنى».

ومريشان: أي مجعول لهما ريشًا.

وراش السهم يريشه: ألزق عليه الريش.

(١) في المصباح ٢/ ٦١٦: «والإنفحة: بكسر الهمزة، وفتح الفاء، وتثقيل الحاء أكثر من تخفيفها. . . قال الجوهري: والإنفحة: هي الكرش، وفي التهذيب: لا تكون الإنفحة إلا لكل ذي كرش، وهو شيء يستخرج من بطنه أصفر يعصر في صوفة مبتلة في اللبن فيغلظ كالجبن، ولا يسمى إنفخة إلا وهو رضيع، فإذا رعى قيل: استكرش أي صارت أنفحته كرشًا. . .».

(٢) وفي الإنصاف ١٢/ ٢٣٧: «بلا نزاع».

(٣) في المطلع ص (٢٤٦): «وأما السكنجبين فليس هو من كلام العرب، وهو معروف مركب من السكر والخل ونحوه».

(٤) دهن السمسم.

(٥) إذ الخبز والعجين يوضع فيهما الملح، وتقدم قريبًا حكم السلم في ما مست النار.

(٦) يشترط العلم بالمسلم فيه باتفاق الفقهاء (المصادر السابقة).

لما تقدم من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، وفيه قوله ﷺ: =

---

[١] في / س بلفظ: (وخلطه).

وَكُلِّ وَصْفٍ يَخْتَلِفُ بِهِ الثَّمَنُ ظَاهِرًا وَحَدَاثَتِهُ وَقِدَمِهُ، وَلاَ يَصِحُ شَرْطا الأَرْدَأْ أَوْ الأَجْوَد،

المسلم(١) فيه ونوعه (**وكل وصف يختلف به**) أي بسببه (**الثمن**) اختلافًا (**ظاهرًا**)(٢) كلونه وقدره(٣) وبلده[١].

(**وحداثته وقدمه**) ولا يجب استقصاء كل الصفات لأنه يتعذر، ولا ما لا[٢] يختلف به الثمن لعدم الاحتياج إليه(٤).

(**ولا يصح شرط**) المتعاقدين (**الأردأ أو الأجود**) لأنه لا ينحصر، إذ ما

= «**فليسلم في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم**» متفق عليه.

ولأن المسلم فيه أحد بدلي عقد المعاوضة، فاشترط فيه أن يكون معلومًا كسائر العقود.

(البدائع ٥/ ٢٠٧، والخرشي ٥/ ٢١٣، ونهاية المحتاج ٤/ ١٩٠، وشرح المنتهى ٢/ ٢١٦).

(١) فالجنس: بر، والنوع: حنطة.

(٢) في كشاف القناع ٣/ ٢٩٢: «لأن السلم عوض يثبت في الذمة فاشترط العلم به كالثمن، وطريقه: الرؤية أو الصفة، والأول: ممتنع فتعين الوصف».

(٣) ككبار أو صغار (المصدر السابق).

(٤) في كشاف القناع ٣/ ٢٩٤: «ولا يطول في الأوصاف، ولا ينتهي في عزة الوجود، فإن استقصى الصفات حتى انتهى إلى حال يندر وجود المسلم فيه بتلك الصفات بطل السلم؛ لأن من شرطه أن يكون المسلم فيه عام الوجود عند المحل، واستقصاء الصفات يمنع منه».

---

[١] في/ س بلفظ: (وبارده).

[٢] في/ م، ف بلفظ: (ما يختلف).

بَلْ جَيِّدٌ وَرَدِيءٌ، فَإِنْ جَاءَ بِمَا شَرَطَ أَوْ أَجْوَدَ مِنْهُ مِنْ نَوْعِهِ وَلَوْ قَبل مَحَلِه، وَلاَ ضَرَرَ فِي قَبْضِهِ لَزِمَهُ أخذَه.

من رديء أو جيد إلا ويحتمل وجود أردأ أو أجود منه[1]، (**بل**) يصح شرط (**جيد ورديء**)[2] ويجزئ ما صدق عليه أنه جيد أو رديء[3]، فينزل الوصف على أقل درجة[4].

(**فإن جاء**) المسلم إليه (**بما شرط**) للمسلم لزمه أخذه[5] (**أو**) جاءه بـ (**أجود منه**) أي من المسلم فيه (**من نوعه ولو قبل محله**) أي حلوله (**ولا ضرر في قبضه لزمه أخذه**)[6] لأنه جاءه بما تناوله[1] العقد

---

(١) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٢٤٩: «فإن شرط الأجود لم يصح لتعذر الوصول إليه إلا نادرًا، وإن شرط الأردأ لم يصح في أحد الوجهين لذلك.

والثاني: يصح؛ لأنه يمكنه تسليم المُسْلَم أو خير منه، فيلزم المسلم قبوله» اهـ.

(٢) في الإنصاف: «صح بلا نزاع».

(٣) عرفًا، وإن وجد أجود منه أو أردأ.

(٤) في الجودة أو الرداءة.

(٥) في المغني ٦/ ٤٢٠: «لأنه أتاه بحقه في محله فلزمه قبوله كالمبيع المعين، وسواء كان عليه في قبضه ضرر أو لم يكن، فإن أبى قيل له: إما أن تقبض حقك، وإما أن تبرأ منه، فإن امتنع قبضه الحاكم من المسلم إليه للمسلم، وبرئت ذمته منه؛ لأن الحاكم يقوم مقام الممتنع بولايته».

(٦) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية: أنه إذا جاء بأجود مما اتفقا عليه لزمه قبوله، كأن اتفقا على بر متوسط فجاءه ببر جيد؛ لما علل به المؤلف. =

---

[١] في/ س بلفظ: (تنافله).

. . . .

وزيادة تنفعه.

= وفي قول الحنابلة: لا يلزمه قبوله.

وفي قول آخر: يحرم أخذه، وحكي رواية نقل صالح وعبد الله: لا يأخذ فوق صفته بل دونها.

والأقرب: يلزمه القبول إلا مع ضرره بمنة ونحوها.

(روضة الطالبين ٤/ ٢٩، والمغني ٦/ ٤٢١، والإنصاف مع الشرح ١٢/ ٢٥٢).

وإذا أتى المسلم إليه بالمسلم قبل الأجل، وامتنع المسلم من قبوله فهل يجبر على أخذه؟

فالمذهب ومذهب الشافعية: إن كان في قبضه قبل محلِّه ضرر على المسلم؛ لكونه مما يتغير كالفاكهة والأطعمة كلها، أو كان قديمه دون حديثه كالحبوب ونحوها، أو كان مما يحتاج في حفظه إلى مؤنة كالقطن ونحوه، أو كان الوقت مخوفًا يخشى عليه من النهب فلا يلزمه قبوله؛ لأن عليه ضررًا في قبضه ولم يأت محلٌّ استحقاقه له فجرى مجرى نقص صفة فيه.

وأما إن كان لا ضرر في قبضه بأن كان مما لا يتغير كالحديد والنحاس والرصاص فإنه يستوي قديمه وحديثه، ولا يخاف عليه، ولا تحمل مؤنة فيلزمه قبضه؛ لأن غرضه حاصل مع زيادة تعجيل المنفعة، فجرى مجرى زيادة الصفة، وتعجيل الدين المؤجل.

وعند المالكية: لا يلزمه قبوله قبل الأجل، لكن عند المتأخرين منهم يلزمه قبوله في اليوم واليومين.

(القوانين الفقهية ص (٢٧٥)، وبداية المجتهد ٢/ ٢٣٢، وروضة الطالبين ٤/ ٣٠، وشرح المنتهى ٢/ ٢١٩).

. . . .

. . . .

وإن جاءه[1] بدون ما وصف(1) أو بغير نوعه من جنسه فله أخذه ولا يلزمه(2)، وإن جاءه بجنس آخر لم يجز له قبوله(3)، وإن قبض المسلم فيه فوجد به عيبًا فله رده، وإمساكه مع الأرش(4).

---

(1) كأن اتفقا على بر جيد فجاءه ببر متوسط، فيجوز له قبوله، ولا يلزمه؛ لأن الحق له وقد رضي بدونه (المغني ٦/ ٤٢١).

(2) كأن اتفقا على ضأن فجاءه بمعز، أو بتمر برني فجاءه بعجوة وهكذا، فالمذهب: أنه يجوز له أخذه، ولا يلزمه؛ لأنه رضي بدون حقه، ولا يلزمه لأن فيه إسقاط حقه.

والمصحح عند الشافعية: أنه يحرم عليه قبوله.

وقال القاضي من الحنابلة: يلزمه إذا لم يكن أدنى من النوع المشترط؛ لأنه من جنسه أشبه الزائد في الصفة.

ونوقش: بالفرق: فإن أحد النوعين يصلح لما لا يصلح له الآخر بخلاف الصفة.

(روضة الطالبين ٤/ ٢٩، والمغني ٦/ ٤٢١، وشرح المنتهى ٢/ ٢١٧).

وفي كشاف القناع ٣/ ٢٩٧: «فإن قال: خذه أي الأجود وزدني درهمًا لم يجز؛ لأن الجود صفة فلا يجوز إفرادها بالعقد، وإن جاءه بزيادة في القدر، فقال: خذه وزدني درهمًا صح ذلك؛ لأن الزيادة هنا يصح إفرادها بالبيع».

(3) حكم إبدال المسلم فيه بغير جنسه حكم بيعه، ويأتي بيانه قريبًا.

(4) كسائر المبيعات.

---

[1] في/ ف بلفظ: (جاء).

الثَالِثُ: ذِكْرُ قَدْرِه بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ، أَوْ ذرْعٍ يُعْلَمُ.

الشرط (**الثالث: ذكر قدره**)(١) أي قدر المسلم فيه (**بكيل**) معهود فيما يكال (**أو وزن**) معهود فيما(٢) يوزن؛ لحديث: «**من أسلف[١] في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم**» متفق عليه(٣).

(**أو ذرع يعلم**)(٤) عند العامة لأنه إذا كان مجهولاً تعذر الاستيفاء به

---

(١) يشترط كون المُسلم فيه معلومًا باتفاق الأئمة (الإفصاح ١/ ٣٦٣)؛ لما استدل به المؤلف، ولأن المُسلم فيه أحد بدلي عقد المعاوضة، فاشترط فيه أن يكون معلومًا، كما يشترط العلم بالعوض والمعوض في عقود المعاوضات وتقدم قريبًا.

وفي المغني ٦/ ٤٠٠: «قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم في الطعام لا يجوز بقفيز لا يعلم عياره، ولا في ثوب بزرع فلان؛ لأن المعيار لو تلف أو مات فلان بطل السلم، منهم الثوري والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور».

(٢) باتفاق الأئمة: لابد أن يكون المعيار الذي يقدر فيه المسلم فيه معلومًا (الإفصاح ١/ ٣٦٣).

(انظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢٠٧، الخرشي على خليل ٥/ ٢١٣، ونهاية المحتاج ٤/ ١٩٣، وشرح المنتهى ٢/ ٢١٨).

وفي المغني أيضًا: «وإن عين مكيال رجل أو ميزانه وكانا معروفين عند العامة جاز، ولم يختص بهما، وإن لم يعرفا لم يجز».

(٣) سبق تخريجه.

(٤) جمهور أهل العلم صحة تقدير المسلم فيه بكل ما يضبطه من كيل أو وزن أو ذرع أو عد؛ لحديث ابن عباس رضي الله عنهما ففيه التقدير بالكيل والوزن =

---

[١] في/ ط بلفظ: (من أسلم).

. . . .

عند التلف فيفوت العلم بالمسلم فيه(١)، فإن شرطا مكيالاً غير معلوم بعينه أو صنجة(٢) غير معلومة بعينها لم يصح(٣).

وإن كان معلومًا صح السلم دون التعيين(٤).

= فيلحق بذلك العد والزرع؛ لأن الجامع بينهما رفع الجهالة بالمقدار، وهذا حاصل بالعد والزرع.

وعند ابن حزم لا يجوز التقدير بغير الكيل والوزن، فلا يجوز السلم عنده في غير المكيلات والموزونات، قال ابن حزم: «ولا يجوز السلم إلا في مكيل أو موزون فقط، ولا يجوز في حيوان ولا مزروع ولا معدود، ولا في شيء غير ما ذكرنا»، ودليله ظاهر حديث ابن عباس رضي الله عنهما: «**من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم**...» متفق عليه.

ونوقش: بأن المقصود من ذكر الكيل والوزن في الحديث العلم بقدر المسلم فيه، لا القصر على التقدير بالكيل والوزن، وعلى هذا فالراجح قول جمهور أهل العلم.

(الفتاوى الهندية ٣/ ١٨٠، وحاشية الدسوقي ٣/ ٢٠٧، ومغني المحتاج ١/ ١٠٨، والمغني ٦/ ٤٠٠، والمحلى ٩/ ١٠٥).

(١) فيبطل العقد؛ لفقدان الشرط المتفق عليه.

(٢) المراد بالصنجة: قطع معدنية ذات أثقال محدودة، مختلفة المقادير يوزن (الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٥٤، ولأبي يعلى ص ٢٩٩، ونهاية الرتبة في طلب الحسبة ص ١٩).

(٣) لأنها لو تلفت فات العلم بالمسلم فيه.

(٤) أي لو عين رطل فلان أو ميزانه المعلومين المعروفين عند العامة صح للعلم بهما، دون التعيين فلا يختص بهما؛ لأنه التزام لما لا يلزم.

. . . .

وَإِنْ أَسْلَمَ فِي المَكِيلِ وَزْنًا أَوْ فِي المَوْزُونِ كَيلاً لَمْ يَصِحْ.

الرَّابِعُ: ذِكْرُ أَجَلٍ مَعْلُومٍ

(**وإن أسلم في المكيل**) [كالبر][١] والشيرج[٢] (**وزنًا أو في الموزون**) كالحديد (**كيلاً لم يصح**)(١) السلم [فيه][٣] لأنه قدره بغير ما هو مقدر به فلم يجز، كما لو أسلم في المذروع وزنًا، ولا يصح في فواكه معدودة كرمان وسفرجل ولو وزنًا(٢).

الشرط (**الرابع: ذكر أجل معلوم**)(٣) للحديث السابق، ولأن الحلول

---

(١) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وعند جمهور أهل العلم صحة ذلك. (المصادر السابقة).

قال ابن قدامة رحمه الله في المغني ٦/ ٤٠٠: «وهذا أصح إن شاء الله؛ لأن الغرض معرفة قدره وإمكان تسليمه من غير تنازع فبأي قدر قدره جاز، ويفارق بيع الربويات، فإن التماثل بالكيل في المكيل، والوزن في الموزون شرط، ولا يعلم هذا الشرط إذا قدرها بغير مقدارها الشرعي».

(٢) تقدم بحث هذه المسألة، وبيان أقوال أهل العلم فيها عند قول المؤلف: «وأما المعدود المختلف كالفواكه المعدودة كرمان...».

(٣) جمهور أهل العلم: أنه يشترط لصحة السلم أن يكون مؤجلاً؛ لما استدل به المؤلف، ولقوله تعالى: ﴿**إلى أجل مسمى**﴾.

وعند الشافعية: يصح أن يكون السلم حالاً؛ لأن الحال أقل غررًا من السلم المؤجل؛ لأن المسلم فيه قد ينقطع عند حلول الأجل بخلاف، ولأن الأصل في المعاملات الحل.

وأما الحديث فلا دلالة فيه على اشتراط الأجل، وإنما دل على اشتراط العلم بالأجل إذا كان مؤجلاً.

---

[١] ساقط من / م، ف.

[٢] في/ ف بلفظ: (شيرج).

[٣] ساقط من/ م، ف، هـ.

لَهُ وَقَعٌ فِي الثَّمَنِ

يخرجه عن اسمه ومعناه[(١)]، ويعتبر أن يكون الأجل (**له وقع في الثمن**)[(٢)]

= (تحفة الفقهاء ٢/ ١٢، ومقدمات ابن رشد ٣/ ١٣٥، وفتح الوهاب مع حاشية الجمل ٣/ ٢٣١، ومنتهى الإرادات ٢/ ٢١٩).

قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص (١٣١): «ويصح السلم حالاً إن كان المسلم فيه موجوداً في ملكه وإلا فلا».

(١) فإن سمي سلمًا وسلفًا لتعجل أحد العوضين، وتأخر الآخر، ومعناه: تأجيل مسلم فيه، وتعجيل رأس ماله، وبالحلول يكون بيعًا؛ لأن الشارع إنما رخص فيه من أجل الحاجة الداعية إليه.

(٢) تقدم أن جمهور أهل العلم يشترطون الأجل لصحة السلم، وقد اختلفوا في تقدير أدنى مدة لأجل السلم.

فالمذهب: أن يكون الأجل له وقع في الثمن عادة كشهر ونحوه، إلا في شيء يأخذه منه كل يوم كخبز ولحم ونحوهما.

لأن الأجل ليتحقق الرفق الذي من أجله شرع السلم، ولا يحصل بمدة لا وقع لها في الثمن، وأيضًا السلم إنما يكون لحاجة المفاليس الذين لهم ثمار أو زروع أو تجارات ينتظرون حصولها، ولا يحصل ذلك في المدة اليسيرة غالبًا.

وعند الحنفية: المصحح عندهم كما في بدائع الصنائع ٥/ ٢١٣: «أنه مقدر بالشهر؛ لأن الأجل إنما شُرط في السلم ترفيقًا وتيسيراً على المسلم إليه، ليتمكن من الاكتساب في المدة، والشهر مدة معتبرة يمكن فيها من الاكتساب فيتحقق معنى الترفق، فأما ما دونه ففي حد القلة فكان له حكم الحلول» وقال بعض الحنفية: مقدر بثلاثة أيام، وقيل عندهم: بأنه راجع إلى العاقدين. (المصدر السابق).

والمعتمد عند المالكية: أنه ما تختلف فيه الأسواق كخمسة عشر يومًا أو نحوها (الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/ ٢٠٥). =

. . . .

فَلاَ يَصِحُ حَالاً وَلاَ إِلىٰ الحَصَادِ والجُذَاذِ، وَلاَ إِلَىٰ يَوْمٍ إِلاَّ في شَيْءٍ يَأْخُذُهُ مِنْهُ كُلَّ يَوْمٍ كَخُبْزٍ وَلَحْمٍ وَنحْوَهُمَا.

عادة كشهر (**فلا يصح**) السلم إن أسلم (**حالاً**) لما سبق(١)، (**ولا**) إن أسلم إلى أجل مجهول كـ (**إلى الحصاد والجذاذ**).

[١وقدوم الحاج لأنه يختلف فلم يكن معلومًا(٢)، (**ولا**) يصح السلم (**إلى**) أجل١] قريب كـ (**يوم**) ونحوه؛ لأنه لا وقع له في الثمن (**إلا**) أن يسلم (**في شيء يأخذه**[٢] **منه كل يوم**) أجزاء معلومة(٣) (**كخبز ولحم ونحوهما**)(٤) من كل ما يصح السلم فيه إذ الحاجة داعية إلى ذلك(٥)، فإن

= وقال ابن حزم كما في المحلى ٩/ ١٠٦: «والأجل في السلم ما وقع عليه اسم أجل كما أمر رسول الله ﷺ ولم يحد أجلاً من أجل... فالأجل ساعة فما فوقها».

(١) من الحديث والتعليل بأن الحلول يخرجه عن اسمه ومعناه.

(٢) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٢٦٦: «لا يصح أن يؤجل السلم إلى الحصاد والجذاذ وما أشبهه كذلك قال ابن عباس وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر.

وفيه رواية أخرى: أنه يجوز، قال أحمد: أرجو أن لا يكون به بأس، وبه قال مالك وأبو ثور، وعن ابن عمر أنه كان يبتاع إلى العطاء، وبه قال ابن أبي ليلى.

وقال أحمد: إن كان شيء يعرف فأرجو» اهـ.

(٣) لأن كل بيع جاز إلى أجل جاز إلى أجلين وآجال كبيوع الأعيان.

(٤) وكعسل ودقيق ورطب.

(٥) ولأجل الحاجة رخص الشارع في السلم، المسلم يرتفق برخص الثمن، والمسلم إليه بتعجيل الثمن.

[١ ـ ١] ساقط من / س.

[٢] في/ س بلفظ: (يؤخذ).

الخَامِسُ: أَنْ يُوجَدَ غَالِبًا فِي مَحِلِهِ

قبض البعض، وتعذر الباقي رجع بقسطه من الثمن، ولا يجعل للباقي فضلاً على المقبوض لتماثل أجزائه بل يقسط[١] الثمن عليهما بالسوية(١).

الشرط (**الخامس: أن يوجد**) المسلم فيه (**غالبًا في محله**)(٢) بكسر الحاء أي وقت حلوله(٣)؛ لوجوب تسليمه إذًا، فإن كان لا يوجد فيه أو

---

(١) في كشاف القناع ٣/ ٣٠٠: «لأنه مبيع واحد متماثل الأجزاء فقسط الثمن على أجزائه بالسوية كما لو اتحد أجله».

وفي حاشية العنقري ٢/ ١٤٤ نقلاً عن ابن فيروز: «قوله: ولا يجعل للباقي فضلاً على المقبوض أي زيادة عليه بأن لا يأخذ عن الباقي أكثر من القسط».

(٢) في حاشية العنقري ٢/ ١٤٤ نقلاً عن ابن فيروز: «قوله: غالبًا قيد بذلك لكونه قد يكون ثم ما يمنع وجوده في ذلك الوقت كهلاك الثمار ونحو ذلك المسلم فيه».

(٣) وهذا باتفاق الفقهاء؛ لما روى عبد الله بن سلام رضي الله عنه أن النبي ﷺ «أسلف إليه رجل من اليهود دنانير في تمر مسمى، فقال اليهودي: من تمر حائط بني فلان، فقال النبي ﷺ: **أما حائط بني فلان فلا، ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى**» رواه ابن ماجه وضعفه في الزوائد، ولما علل به المؤلف.

قال ابن قدامة في المغني ٦/ ٤٠٦: «الشرط الخامس: وهو كون المسلم فيه عام الوجود في محله، ولا نعلم فيه خلافًا، وذلك لأنه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند وجوب تسليمه، وإذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجودًا عند المحل بحكم الظاهر فلم يمكن تسليمه فلم يصح بيعه كبيع الآبق، بل أولى، فإن السلم احتمل فيه أنواع من الغرر للحاجة، فلا يحتمل فيه غرر آخر؛ لئلا يكثر الغرر فيه». =

---

[١] في/ ف بلفظ: (يسقط).

وَمَكَانِ الوَفَاءِ

يوجد نادرًا كالسلم في العنب والرطب إلى الشتاء لم يصح، (و) يعتبر أيضًا وجود المسلم فيه في (**مكان الوفاء**)[1] غالبًا فلا يصح إن أسلم في ثمره

= (بدائع الصنائع ٥/ ٢١١، وحاشية الدسوقي ٣/ ٢١١، والمهذب ١/ ٣٠٥، ومنتهى الإرادات ٢/ ٢٢٠، والمحلى ٩/ ١١٤).

(١) في حاشية العنقري ٢/ ١٤٤: «لم يذكر هذه العبارة في الفروع، ولا في الإنصاف، ولا في الإقناع، ولا في المنتهى».

في المغني ٦/ ٤٠٦: «قال ابن المنذر: إبطال السلم إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه كالإجماع من أهل العلم، منهم الثوري، ومالك، والشافعي، والأوزاعي وإسحاق، وأصحاب الرأي، قال: وروينا عن النبي ﷺ «أنه أسلف إليه رجل من اليهود دنانير في تمر مسمى، فقال اليهودي: من تمر حائط بني فلان، فقال النبي ﷺ: **أما من حائط بني فلان فلا، ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى**» رواه ابن ماجه وغيره.... وقال: أجمع الناس على الكراهة لهذا البيع، ولأنه لا يؤمن انقطاعه وتلفه أشبه ما لو أسلم في شيء قدره بمكيال معين، أو صنجة معينة، أو أحضر خرقة وأسلم في مثلها».

وفي المختارات الجلية للسعدي ص ١٠٦: «والصحيح: جواز الإسلام في بستان ونحوه؛ لعدم الدليل على المنع، والغالب وجود المسلم فيه منه، فإن قدر عارض نادر قام غيره مقامه».

وفي الإنصاف مع الشرح ١٢/ ٢٧٣: «قوله: فإن أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قرية صغيرة لم يصح وكذا لو أسلم في مثل هذا الثوب، وهذا المذهب في ذلك.

ونقل أبو طالب وحنبل: «يصح إن بدا صلاحه، أو استحصد.

وقال أبو بكر في التنبيه: «إن أمن عليها الجائحة، قال الزركشي: قلت: وهو قول حسن إن لم يحصل إجماع...» اهـ.

....

لاَ وَقْت العَقْدِ، فَإِنْ تَعَذَّر

بستان صغير معين أو قرية صغيرة أو في نتاج فحل بني فلان أو غنمه أو مثل هذا الثوب(١)؛ لأنه لا يؤمن تلفه وانقطاعه، و(**لا**) يعتبر وجود المسلم فيه (**وقت العقد**) لأنه ليس وقت وجوب التسليم(٢).

(**فإن**) أسلم إلى محل يوجد فيه غالبًا فـ (**تعذر**)[١] المسلم فيه بأن لم

---

(١) لكن إن كان معلومًا عند العامة صح كما تقدم قريبًا.

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، فيجوز أن يسلم في الرطب في الشتاء؛ لحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: «قدم رسول الله ﷺ المدينة والناس يسلفون في الثمر العام والعامين، فقال: **من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم**» متفق عليه.

فالنبي ﷺ لم ينه عن السلف في التمر أو الثمر السنة والسنتين، مع أنه ينقطع، ولو كان عدم الانقطاع شرطًا لبينه ﷺ، ولما علل به المؤلف.

وعند الحنفية: لايجوز السلم إلا فيما هو موجود من حين العقد إلى وقت الأجل.

واستدلوا: بحديث ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعًا، وفيه: «**لا تسلفوا في نخل حتى يبدو صلاحه**» رواه أبو داود وابن ماجه والبيهقي وهو ضعيف لجهالة أحد رواته.

وعللوا: بأن المسلم إليه لا يقدر على تحصيل المسلم فيه غالبًا إلا إذا كان غير منقطع.

ونوقش: بعدم التسليم، كما أنه اجتهاد في مقابلة النص (المصادر السابقة).

وعلى هذا فالراجح قول جمهور أهل العلم.

---

[١] في/ س بلفظ: (تعذر) بدون فاء.

أَوْ بَعْضُهُ فَلَهُ الصَّبْرُ، أَوْ فَسْخُ الكُلِّ أَوْ البَعْضِ،

تحمل الثمار [١] تلك السنة(١) (أو) تعذر (**بعضه**)[١] **فله** أي لرب السلم (**الصبر**)[٢] إلى أن يوجد فيطالب به (أو **فسخ**) العقد(٢) في (**الكل**) إن تعذر الكل، (أو) في (**البعض**) المتعذر(٣).

---

(١) أو غاب المسلم إليه، أو عجز عن التسليم حتى عدم المسلم فيه (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٢٣).

(٢) وهذا قول جمهور أهل العلم، فالسلم صحيح ولا ينفسخ بالتعذر، والمسلم مخير بين الصبر أو الفسخ؛ لأن السلم انعقد صحيحًا مستجمعًا لشرائطه، وإنما تعذر التسليم لعارض، إذ قد يوجد المسلم فيه بعد الانقطاع ويكون مقدور التسليم فكان في بقاء العقد فائدة.

ولأن العقد وقع على موصوف في الذمة، فهو باق على أصله، وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة، وإنما شيء شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار.

والقول الثاني عند كل من الحنفية والشافعية والحنابلة: أن العقد ينفسخ بنفس التعذر؛ لكون المسلم فيه من ثمرة العام بدليل وجوب التسليم منها، فإذا هلكت انفسخ العقد كما لو باعه قفيزاً من صبرة فهلكت.

(الفتاوى الهندية ٣/ ١٨٢، والشرح الكبير للدردير ٣/ ٢١٤، والمهذب ٢/ ٣٠٩، والمغني ٦/ ٤٢١).

والراجح: قول جمهور العلماء، وأما تعليل القول الثاني فهو قياس مع الفارق؛ لأن المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة، وهي باقية فيبقى الدين ببقاء محله، بخلاف المبيع المعين، فبهلاكه يفوت محل العقد.

(٣) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٢٧٦: «فإن تعذر البعض، فللمشتري الخيار بين الفسخ في الكل والرجوع بالثمن، وبين أن يصبر إلى حين الإمكان ويطالب بحقه، فإن أحب الفسخ في المتعذر وحده فله ذلك؛ لأن الفساد طرأ بعد صحة العقد فلم يوجب الفساد في الكل كما لو اشترى صبرتين فتلفت إحداهما. وفيه وجه آخر: ليس له الفسخ إلا في الكل أو يصبر».

---

[١] في / ش بلفظ: (تلك السنة تعذر أو بعضه).

[٢] في/ ف بلفظ: (الصبره).

وَيأْخُذُ الثَّمَنَ المَوجُودَ أَوْ عِوضَهُ.

السَّادِسُ: أَنْ يَقْبِضَ الثَمَنَ تَامًا

(**ويأخذ الثمن الموجود أو عوضه**) أي عوض الثمن التالف(١)؛ لأن العقد إذا زال وجب رد الثمن، ويجب[1] رد عينه [إن][2] كان باقيًا أو عوضه[3] إن كان تالفًا، أي [مثله][4] إن كان مثليًا، أو قيمته إن كان متقومًا[5](٢)، هذا إن فسخ في الكل فإن فسخ في البعض فبقسطه(٣).

الشرط (**السادس: أن يقبض الثمن تامًا**)(٤) لقوله ﷺ: «**من أسلف في**

---

(١) لتعذر رده، وعوضه مثل المثلي، وقيمة المتقوم.

(٢) تقدم الكلام على القيمي والمثلي في فصل التصرف في المبيع قبل قبضه عند قول المؤلف: «وإن أتلفه آدمي خيِّر مشتر بين فسخ وإمضاء...».

(٣) أي من الثمن من عينه أو عوضه.

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدل به المؤلف، وأيضًا فإن الافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقًا عن دين بدين وهو غير جائز.

وأيضًا: فإن في السلم غررًا، فلا يضم إليه غرر تأخير رأس المال، إذ زيادة الغرر تبطله.

وعند المالكية: لا يجوز تأخير رأس المال أكثر من ثلاثة أيام مطلقًا، ويجوز التأخير لثلاثة أيام فأقل بشرط وبغير شرط؛ لأن مدة ثلاثة الأيام قريبة من مجلس العقد فيكون القبض فيها كالقبض في مجلس العقد. =

---

[1] في/ م بلفظ: (وجب).

[2] ساقط من/ ف.

[3] في/ م، ف بلفظ: (وعرضه).

[4] ساقط من/ ف، وفي/ م بلفظ: (مهملاً).

[5] في/ ط بلفظ: (متقوتًا).

مَعْلُومًا قَدْرُهُ وَوَصْفُهُ

شيء فليسلف...»[(١)] الحديث أي فليعط.

قال الشافعي: لأنه لا يقع اسم السلف فيه حتى يعطيه ما أسلفه قبل أن يفارق من أسلفه، ويشترط أن يكون رأس مال السلم **(معلومًا قدره ووصفه)**[١] [(٢)] كالمسلم فيه فلا يصح بصبرة لا يعلمان قدرها[(٣)].

= (بدائع الصنائع ٥/ ٢٠٢، والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٣/ ١٩٥، والشرح الصغير مع بلغة السالك ٢/ ٥٣٨، والمهذب ١/ ٣٠٧، والمغني ٦/ ٤٠٨، والمحلى ٩/ ١٠٩).

(١) تقدم تخريجه ص (٣٠٧).

(٢) باتفاق الأئمة اشتراط كون رأس مال السلم معلومًا قدره ووصفه إذا كان موصوفًا في الذمة غير معين؛ لأنه أحد طرفي المعاوضة فلابد من كونه معلومًا للعاقدين كسائر عقود المعاوضات.

(حاشية ابن عابدين ٥/ ٢١٨، والقوانين ص (٢٦٨)، والمهذب ١/ ٣٠٧، والمغني ٦/ ٤١١، والمحلى ٩/ ١٠٩).

قال ابن قدامة رحمه الله في المغني ٦/ ٤١١: «لا خلاف في اشتراط معرفة صفته - أي الثمن - إذا كان في الذمة؛ لأنه أحد عوضي السلم، فإذا لم يكن معينًا اشترط معرفة صفته كالمسلم فيه، إلا أنه أطلق وفي البلد نقد معين انصرف الإطلاق إليه وقام مقام وصفه».

(٣) فإن كان معينًا، فالمذهب أنه لا يصح جزافًا دون بيان قدره ووصفه؛ لأن عقد السلم عرضة للفسخ إذ إن المسلم فيه دائر بين الوجود والعدم، فإذا تعذر وجب رد رأس المال أو بدله فوجب معرفة قدره وأوصافه.

وعند أبي حنيفة: لا يشترط ذكر الصفات؛ لأن المشاهدة تكفي في رفع الغرر، ويشترط ذكر القدر في المثليات كالمكيلات والموزونات ومنها الدراهم =

---

[١] في/ ف بلفظ: (وصفته).

قَبْلَ التَّفَرُّق، وَإِنْ قَبِضَ البَعْضَ

ولا بجوهر ونحوه مما لا ينضبط بالصفة[(١)]، ويكون القبض (**قبل التفرق**) من المجلس وكل مالين حرم النساء فيهما لا يجوز إسلام أحدهما في الآخر؛ لأن السلم من شرطه التأجيل[(٢)]، (**وإن قبض البعض**)[(٣)] من الثمن

= والدنانير.

وعند المالكية والشافعية: لا يشترط بيان القدر والصفات وتكفي المشاهدة لحديث ابن عباس رضي الله عنهما، وفيه قوله ﷺ: «**من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم**» متفق عليه، فالنبي ﷺ لم يشترط وصف الثمن أو بيان قدره، وإنما اشترط بيان قدر المسلم فيه.

وقياسًا على بيوع الأعيان فإن الثمن قد يكون معينًا فتغني مشاهدته عن بيان قدره ووصفه.

(بدائع الصنائع ٥/ ٢٠٢، وبلغة السالك ٢/ ٥٤٠، والمهذب ١/ ٣٠٧، ونهاية المحتاج ٤/ ١٨٣، والمغني ٦/ ٤١٢).

والأقرب: قول الحنابلة قياسًا للسلم على المسلم فيه.

(١) أي ولا يصح السلم إن جعل رأس ماله جوهرًا ونحوه من سائر ما لا يجوز السلم فيه مما لا يمكن ضبطه بالصفة، ويرده إن كان موجودًا أو يرد قيمته.

(٢) كمكيل مطعوم بمكيل مطعوم، وأحد النقدين بالآخر؛ لقوله ﷺ في الأموال الربوية في حديث عبادة رضي الله عنه: «**يدًا بيد**» رواه مسلم.

(٣) فإن عجل البعض وأخر البعض: فجمهور أهل العلم: أن السلم يبطل السلم فيما لم يقبض ويسقط بحصته من المسلم فيه.

وعند المالكية والظاهرية: يبطل السلم في الصفقة كلها.

وعلل المالكية: بأنه إذا قبض البعض وأخر البعض فسد؛ لأنه دين بدين أي ابتداء دين بدين.

وعند الظاهرية: بأن السلم عقد واحد وصفقة واحدة، وكل عقد جمع =

ثُمَّ افْتَرقَا بَطُلَ فِيمَا عَدَاهُ، وَإِنْ أَسْلَمَ فِي جِنْسٍ إِلىٰ أَجَلينِ أَوْ عَكْسُهُ

في المجلس (**ثم افترقا**) قبل قبض الباقي (**بطل فيما عداه**) أي عدا المقبوض، وصح في المقبوض[1] ولو جعل دينًا سلمًا لم يصح[2] وأمانة أو عينًا مغصوبة أو عارية يصح؛ لأنه في معنى القبض[3].

(**وإن أسلم**) ثمنًا واحدًا (**في جنس**) كَبُرٍّ (**إلى أجلين**) كرجب وشعبان مثلاً[4] (**أو عكسه**) بأن أسلم في جنسين كبرٍّ وشعير إلى أجل كرجب مثلاً

= فاسدًا وجائزًا فكله فاسد؛ لأن العقد لا يتبعض، والتراضي منهما حين العقد لم يقع إلا على الجميع، فلا يحل إلزامهما ما لم يتراضيا جميعًا عليه (المصادر السابقة).

(١) أي بقسطه من الثمن بناء على تفريق الصفقة.

(٢) في المغني ٦/ ٤١٠: «وإن كان في ذمة رجل دينار، فجعله سلمًا في طعام إلى أجل لم يصح، قال ابن المنذر: «أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم، وروي عن ابن عمر أنه قال: لا يصلح ذلك، وذلك لأن المسلم فيه دين، فإذا جعل الثمن دينًا كان بيع دين بدين» اهـ.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو أن قبض المسلم إليه السابق للعين التي جعلت رأس مال السلم ينوب عن القبض المستحق بالعقد ويقوم مقامه، سواء كانت العين في يده أمانة أم مضمونة، ولا يحتاج إلى تجديد قبض.

وعند الحنفية: أنه ينوب القبض السابق لرأس مال السلم عن القبض المستحق في مجلس العقد إذا كانت يد المسلم إليه يد ضمان، أما إذا كانت يد أمانة كيد الوكيل الوديع، والشريك، ونحو ذلك فيحتاج إلى تجديد القبض في المجلس ليصح عقد السلم.

(مجمع الضمانات للبغدادي ص ٢١٧، وشرح المنتهى ٢/ ٢٢١).

(٤) أي كَبُرٍّ بعضه إلى رجب، وبعضه إلى شعبان صح السلم بشرطه الآتي؛ لأن كل بيع جاز إلى أجل جاز إلى أجلين وآجال كبيوع الأعيان.

صَحَّ إِنْ بَيَّنَ كُلَّ جِنْسٍ وَثَمَنَهُ، وَقَسَّطَ كُلَّ أَجَلٍ.

(صح) السلم(١) **(إن بين)** قدر[١] **(كل جنس وثمنه)** في المسألة الثانية بأن يقول: أسلمتك دينارين، أحدهما في أردب(٢) قمح [٢ صفته كذا وأجله كذا، والثاني في أردبين شعيراً صفته كذا والأجل كذا(٣).

(و) صح أيضًا إن بين **(قسط كل أجل)** في المسألة الأولى(٤) بأن يقول: أسلمتك دينارين أحدهما في أردب قمح٢] إلى رجب والآخر في

---

(١) لأنه لما جاز أن يسلم في شيء واحد إلى أجلين جاز هنا بشرطه كبيوع الأعيان.

(٢) في المصباح ١/ ٢٢٤: «كيل معروف بمصر نقله الأزهري وابن فارس والجوهري وغيرهم، وهو أربعة وستون منًا، وذلك أربعة وعشرون صاعًا بصاع النبي ﷺ».

(٣) فالمذهب وأحد قولي الشافعي: أنه إذا أسلم ثمنًا واحدًا في جنسين لم يجز حتى يبين ثمن كل جنس؛ لأن ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يصح كما لو عقد عليه مفرداً بثمن مجهول، ولأنه فيه غرر؛ لأنه لا يؤمن الفسخ بتعذر أحدهما فلم يدر بكم يرجع؟

وعن الإمام أحمد: يصح، وهو قول مالك، وأحد قولي الشافعي (المصادر السابقة).

قال ابن قدامة في المغني ٦/ ٤١٩: «والأولى صحة هذا؛ لأنه إذا تعذر بعض المسلم فيه، رجع بقسطه منهما...».

وقال أيضًا: «ولأنه لما جاز أن يسلم في شيء واحد إلى أجلين، ولا يبين ثمن كل واحد منهما، كذا هاهنا».

(٤) وهي ما إذا أسلم في جنس إلى أجلين (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٢٨٧).

---

[١] في/ هـ بلفظ: (قدره).

[٢-٢] ساقط من/ س.

السَّابِعُ: أَنْ يُسَلَّمَ فِي الذِّمَّةِ، فَلا يَصِحُ فِي عَيْنٍ،

أردب وربع مثلاً إلى شعبان، فإن لم يبين ما ذكر فيهما لم يصح؛ لأن مقابل [كل][١] من الجنسين أو الأجلين مجهول.

الشرط (**السابع: أن يسلم في الذمة**(١)**، فلا يصح**) السلم (**في عين**)

= وفي كشاف القناع ٣/ ٣٠٠: «لأن الأجل الأبعد له زيادة وقع على الأقرب فما يقابله أقل مما يقابل الآخر فاعتبر معرفة قسطه وثمنه».

وتقدم في كلام ابن قدامة جواز ذلك من غير شرط.

وفي المختارات الجلية للسعدي ص ١٠٧: «والصحيح أنه إذا أسلم إلى أجلين فأكثر، لم يجب إلا بيان مقدار ما يحل في كل أجل، ولا يلزم بيان قسطه من الثمن؛ لأن بيان مقدار المبيع ووقته هو المقصود».

(١) وهذا باتفاق الأئمة، لما روى عبد الله بن سلام: أن يهوديًا أسلم إلى النبي ﷺ دنانير في تمر مسمى فقال اليهودي: من حائط بني فلان، فقال النبي ﷺ: «**أما حائط بني فلان فلا، ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى**» رواه ابن ماجه، وضعفه في الزوائد.

لما علل به المؤلف، ولأن لفظ السلم موضوع لبيع شيء في الذمة، أما الأعيان المعينة فإنها تباع بيعًا مطلقًا لا سلمًا.

(الفتاوى الهندية ٣/ ١٧٨، والقوانين الفقهية ص (٢٦٩)، وتحفة المحتاج ٥/ ٨، والمغني ٦/ ٤٠٢، والمحلى ٩/ ١٠٥).

وفي حاشية العنقري ٢/ ٤٧: «ولم يذكر بعضهم كالإقناع والمنتهى هذا الشرط، استغناء عنه بذكر الأجل؛ لأن المؤجل لا يكون إلا في الذمة».

وهل ينعقد بيعًا؟ فعند الشافعية والحنابلة: لا ينعقد سلمًا لانتفاء الدينية، ولا بيعًا؛ لأنه بلفظ السلم ولفظ السلم يقتضي الدينية (مغني المحتاج ٢/ ١٠٤، وفتح الوهاب ١/ ١٨٦). =

---

[١] ساقط من/ ف.

وَيَجِبُ الوفَاءُ

كدار وشجرة، لأنها ربما تلفت قبل أوان تسليمها(١).

(و) لا يشترط ذكر مكان الوفاء؛ لأنه ﷺ لم يذكره(٢) بل (يجب الوفاء

= وفي الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٢٨٨: «وقال في الواضح: إن كانت العين حاضرة صح، ويكون بيعًا بلفظ السلم، فيقبض ثمنه فيه».

(١) لا يجوز السلم في العقارات باتفاق الأئمة (المصادر السابقة).

قال ابن رشد في المقدمات ٣/ ١٣٩: «وإنما لم يذكر السلم في الدور والأرضين؛ لأن السلم لا يجوز إلا بصفة، ولابد في صفة الدور والأرضين من ذكر موضعها، وإذا ذكر موضعها تعينت فصار السلم فيها كمن ابتاع من رجل داراً لفلان على أن يتخلصها له منه، وذلك من الغرر الذي لا يحل ولايجوز؛ لأنه لا يدري بكم يتخلصها منه؟ وربما لم يقدر على أن يتخلصها منه، ومتى لم يقدر على أن يتخلصها منه رد إليه رأس ماله، فصار مرة بيعًا ومرة سلفًا، وذلك سلف جرّ نفعًا».

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية والشافعية: أنه لا يشترط تعيين مكان الوفاء، إلا إن عقد في مكان غير صالح للإيفاء كبر وبحر كما يأتي، فقد نص الشافعية والحنابلة على تعيينه؛ لما استدل به المؤلف، وقياسًا على بيوع الأعيان، فإنه لا يشترط لصحتها ذكر مكان الوفاء.

وعند أبي حنيفة وأيضًا عند الشافعية: يشترط تعيين مكان الوفاء إذا كان المسلم فيه لحمله مؤنة، لأنه يختلف الثمن باختلافه فوجب بيانه كالصفات التي يختلف بها الثمن.

وعند أبي حنيفة بناء على أن مكان العقد لا يتعين للإيفاء، ويأتي.

(بدائع الصنائع ٥/ ٢١٣، وبداية المجتهد ٢/ ١٧٩، والمهذب ١/ ٣٠٧، وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٢١).

والأقرب: عدم وجوبه؛ لما يأتي من وجوب الوفاء فيما دل عليه العرف.

مَوْضِعَ العَقْدِ وَيصِحُ شَرْطُهُ فِي غَيْرِهِ.

موضع العقد)[١]؛ لأن العقد يقتضي التسليم في مكانه، وله أخذه في غيره إن رضيا، ولو قال: خذه وأجرة حمله إلى موضع الوفاء لم يجز.

(ويصح شرطه) أي الوفاء (في غيره) أي غير مكان العقد[٢]؛ لأنه بيع فصح شرط الإيفاء في غير مكانه كبيوع الأعيان، وإن شرطا الوفاء موضع العقد كان تأكيداً[٣].

---

(١) وهذا هو المذهب ومذهب المالكية، الشافعية؛ لما علل به المؤلف.

وعند أبي حنيفة و ابن حزم: لايجب الوفاء مكان العقد؛ لعدم ما يدل على تعينه، وانظر كلام ابن حزم الآتي. (المصادر السابقة).

والأقرب: أن مكان الوفاء يرجع في ذلك إلى العرف من بلد المسلم أو بلد المسلم إليه إن لم يكن هناك شرط لفظي؛ لأن الشرط العرفي كالشرط اللفظي، والله أعلم.

(٢) وهذا قول جمهور أهل العلم؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم» (المصادر السابقة).

وقال ابن حزم كما في المحلى ٩/ ١١٠: «ولا يجوز أن يشترطا في السلم دفعه في مكان بعينه، فإن فعلا فالصفقة كلها فاسدة، لكن حق المسلم قبل المسلم إليه، فحيث لقيه عند محل الأجل فله أخذه بدفع حقه إليه، فإن غاب أنصفه الحاكم من ماله إن وجد له بقول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ فهو مأمور بأداء أمانته حيث وجبت عليه ويُسألها».

(٣) وهذا بناء على أنه يتعين موضع العقد للوفاء، وهو المذهب، وتقدم قريبًا.

. . . .

وَإِنْ عَقَدَ بِبُرٍ أَوْ بَحْرٍ شَرَطَاهُ، وَلاَ يَصِحُ بَيْعُ الْمُسَلَمُ فِيهِ قَبلَ قَبْضِه

(**وإن عقد**) السلم (**ببر**) ية (**أو بحر شرطاه**) أي مكان الوفاء لزومًا وإلا فسد السلم لتعذر الوفاء موضع العقد(١)، وليس بعض الأماكن سواه أولى من بعض، فاشترط تعيينه بالقول كالكيل ويقبل قول المسلم إليه في تعيينه مع يمينه(٢).

(**ولا يصح بيع المسلم فيه**) لمن هو عليه أو غيره (**قبل قبضه**)(٣).

---

(١) وهذا بناء على تعين موضع العقد مكانًا للإيفاء، وهو المذهب، ومذهب الشافعية.

وقال القاضي من الحنابلة: لا يشترط ذكره، ويوفي بأقرب الأماكن إلى مكان العقد (الإنصاف مع الشرح الكبير ١٢/ ٢٩٠).

وإذا قيل: بأن موضع الوفاء راجع إلى العرف لا حاجة إلى اشتراط ذكره إذا عقد ببر أو بحر، والله أعلم.

(٢) لأنه كالغارم.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره**» رواه أبو داود وابن ماجه والبيهقي، قال ابن حجر في التلخيص ٣/ ٣٥: «وفيه عطية بن سعد العوفي وهو ضعيف، وأعله أبو حاتم والبيهقي وعبد الحق وابن القطان بالضعف والاضطراب».

ولأحاديث النهي عن بيع المبيع قبل قبضه، ولأن المسلم فيه ثابت في ذمة المسلم إليه وداخل في ضمانه، ولا يدخل في ضمان المسلم إلا بعد استيفائه، فلا يجوز له بيعه قبل الاستيفاء لنهي النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن.

وعند المالكية: بيع المسلم على غير من هو عليه إن كان طعامًا لا يجوز للنهي عن بيع الطعام قبل قبضه، وإن كان غير طعام فيجوز.

=

. . . .

. . . .

= وأما بيع المسلم فيه على المسلم إن كان طعامًا فلا يجوز، وإن كان غيره جاز بثلاثة شروط:

الأول: أن يعجل البدل، ويقبض في مجلس الاستبدال؛ ليسلم من فسخ دين بدين.

الثاني: أن يكون البدل مما يجوز بيعه بالمسلم فيه مناجزة، كأن يكون المسلم فيه ثوبًا فيأخذ بدله طشت نحاس فيجوز؛ لأنه يجوز بيع الثوب بالطشت يدًا بيد، أما إذا كان المسلم فيه لحمًا فأبدله بحيوان حي، أو العكس فلا يجوز، إذ لا يجوز بيع أحدهما بالآخرة مناجزة.

الثالث: أن يكون البدل مما يجوز إسلام رأس المال فيه، فإن أسلم نقودًا في قمح، فأبدل القمح بقطن مثلاً جاز؛ لأنه يجوز إسلام النقود في القطن، وإن أبدل القمح بنقود لم يجز، إذ لا يجوز إسلام النقود في بعضها.

(بدائع الصنائع ٥/ ٢١٤، وشرح الخرشي ٥/ ٢٢٧، والمجموع ٩/ ٢٧٣، والمغني ٦/ ٤١٥).

وعند الإمام أحمد، وهو قول ابن عباس، واختاره شيخ الإسلام وابن القيم: أنه يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه لمن هو في ذمته بثمن المثل أو دونه لا أكثر منه حالاً.

قال ابن المنذر: «ثبت عن ابن عباس أنه قال: إذا أسلفت في شيء إلى أجل، فإن أخذت ما أسلفت فيه، وإلا خذ عوضًا أنقص منه، ولا تربح مرتين».

وحجتهم على جواز بيعه من المدين أو الاعتياض عنه إذا كان ذلك بسعر المثل أو دونه: عدم المانع الشرعي حيث إن حديث «**من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره**» ضعيف لا تقوم به حجة، ولو ثبت فمعناه: لا يصرفه إلى =

. . . .

وَلا هِبَتُهُ وَلاَ الحِوَالَةَ بِهِ

لنهيه ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه(١)، (ولا) يصح[1] أيضًا (هبته) لغير من هو عليه لعدم القدرة على تسليمه(٢) (ولا الحوالة به)[2] لأنها لا تصح إلا

= سلم آخر، أو لا يبيعه بمعين مؤجل، وذلك خارج عن محل النزاع.

قال ابن القيم: «فثبت أنه لا نص في التحريم ولا إجماع ولا قياس، وأن النص والقياس يقتضيان الإباحة».

وأما حجتهم على عدم جواز الاعتياض عنه ببدل أكثر من قيمته: فلأن دين السلم مضمون على البائع ولم ينتقل إلى ضمان المشتري، فلو باعه المشتري من المسلم إليه بزيادة، فقد ربح رب السلم فيما لم يضمن، وقد صح عن النبي ﷺ أنه «نهى عن ربح لم يضمن».

(مختصر الفتاوى المصرية لشيخ الإسلام ص (٣٤٥)، ومجموع الفتاوى ٢٩/ ٥٠٣، وتهذيب السنن ٥/ ١١١، وإعلام الموقعين ٣/ ٣٨٩).

ويأتي في آخر الباب حكم بيع الدين على من هو عليه، وعلى غير من هو عليه.

(١) كما في حديث عبد الله بن عمر مرفوعًا: «من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه»، أخرجه البخاري ٣/ ٢٣ـ البيوع ـ باب ما يذم في بيع الطعام والحكرة، وباب بيع الطعام قبل أن يقبض، مسلم ٣/ ١١٦١ ـ البيوع ـ ح ٣٦.

(٢) في الإنصاف مع الشرح الكبير ١٢/ ٢٩٤: «قوله: ولا هبته: ظاهره: أنه سواء كان لمن هو في ذمته أو لغيره.

فإن كان لغير من هو في ذمته فالصحيح من المذهب: أنه لايصح. . .

وعنه: يصح نقلها حرب، واختاره في الفائق، وهو مقتضى اختيار الشيخ تقي الدين.

وإن كان لمن هو في ذمته، فظاهر كلامه في الوجيز وغيره: أنه لايصح، وجزم به في الرعاية الكبرى في مكان. =

[1] في/ ف، هـ، م بلفظ: (تصح).

[2] في/ ف بلفظ: (عليه).

وَلاَ عَلَيْهِ وَلاَ أَخْذُ

على دين مستقر والسلم عرضة للفسخ[١]، (ولا) الحوالة (عليه)[٢] أي على المسلم فيه أو رأس ماله بعد فسخ[٣]، (ولا أخذ..............

= والصحيح من المذهب: صحة ذلك وعليه جماهير الأصحاب، وقد نبه عليه المصنف في كلامه في هذا الكتاب في باب الهبة . . . » اهـ.

والأقرب: الصحة مطلقًا، إذ باب التبرعات أوسع من باب المعاوضات.

(١) أي ولا تصح الحوالة بالمسلم فيه، بأن يحيل المسلمُ إليه المسلمَ بالمسلم فيه على آخر ليأخذه منه.

وتعليل الشارح: لأنها لا تصلح إلا على دين مستقر. . . ينبغي أن يكون تعليلاً لقوله: «ولا عليه»، وتعليل الحوالة به: بأنها معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه، فلم تجز كالبيع (انظر: حاشية العنقري ٢/ ١٤٨)، وتقدم حكم بيع المسلم فيه.

(٢) بأن يحيل المسلم آخر، له عليه دين من جنس المسلم فيه بذلك الدين على المسلم إليه ليأخذه منه.

(٣) أي ولا تصح الحوالة على رأس ماله بعد فسخ وقبل قبض إلحاقًا له بدين السلم.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير ١٢/ ٢٩٥: «فعلى المذهب في صحة الحوالة على رأس مال السلم وبه بعد الفسخ وجهان، وأطلقهما في المحرر والنظم والفروع والرعايتين والحاويين. .

أحدهما: لا يصح.

والثاني: يصح، قال في تصحيح المحرر: وهو أصح على ما يظهر لي، ومستند عموم عبارات الأصحاب أو جمهورهم؛ لأن بعضهم اشترط في الدين أن يكون مستقراً، وبعضهم يقول: يصح في كل دين عدا كذا، ولم يذكر هذا في المستثنى وهذا دين فصحت الحوالة عليه على العبارتين».

....

عِوَضِه

عـوضـه)[(١)] لقوله عليه السلام: «**من أسلف في شيء فلا يصـرفـه إلى غيره**»[(٢)].

وسواء فيما ذكر إذا كان المسلم فيه موجودًا أو معدومًا والعوض مثله في

---

(١) أي ولا يصح أخذ عوض عن رأس مال السلم كما يظهر من عبارة المقنع وشرحه ١٢/ ٣٠٣، وكشاف القناع ٣/ ٣٠٨.

في المقنع مع الشرح الكبير ٢/ ٣٠٣: «وإن انفسخ العقد بإقالة أو غيرها لم يجز أن يأخذ عن الثمن عوضًا من غير جنسه...» وبه قال أبو حنيفة لقول النبي ﷺ: «**من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره**»، ولأن هذا مضمون على المسلم إليه بعقد السلم فلم يجز التصرف فيه قبل قبضه كما لو كان في يد المشتري.

وقال القاضي أبو يعلى: «يجوز أخذ العوض عنه، وهو قول الشافعي؛ لأنه عوض مستقر في الذمة فجاز أخذ العوض عنه كما لو كان قرضًا...».

(٢) أخرجه أبو داود ٣/ ٧٤٤ ـ البيوع ـ باب السلف لايحول ـ ح ٣٤٦٨، ابن ماجه ٢/ ٧٦٦ ـ التجارات ـ ح ٢٢٨٣، الدارقطني ٣/ ٤٥ ـ البيوع ـ ح ١٨٧، البيهقي ٦/ ٣٠ ـ من طريق عطية بن سعد العوفي عن أبي سعيد الخدري.

وعطية العوفي ضعيف الحفظ، مشهور بالتدليس القبيح، وصنفه الحافظ ابن حجر في طبقات المدلسين ص ١٣٠ في المرتبة الرابعة، ومدار الحديث عليه.

وقال الحافظ في التلخيص الحبير ٣/ ٢٥: «وفيه عطية بن سعد العوفي وهو ضعيف، وأعله أبو حاتم والبيهقي وعبد الحق وابن القطان بالضعف والاضطراب».

....

وَلاَ يَصِحُّ الرَّهْنُ والكَفِيلُ بِهِ

القيمة أو أقل أو أكثر، وتصح الإقالة في السلم(١).

(ولا يصح) أخذ (الرهن والكفيل به)(٢)، أي بدين السلم، رويت[١]

---

(١) وهذا قول جمهور أهل العلم.

قال ابن المنذر كما في المغني ٦/ ٤١٧: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة».

لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**من أقال نادمًا بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة**» رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم وابن حبان وصححاه، ولأن الإقالة شرعت دفعًا لحاجة الندم، والندم في السلم أكثر؛ لأنه بيع بأوكس الأثمان (بدائع الصنائع ٥/ ٢١٤).

وعند ابن حزم: لا تجوز الإقالة في السلم؛ لأن السلم بيع، وقد صح عن النبي ﷺ النهي عن بيع ما لم يقبض، وعن بيع المجهول.

(بدائع الصنائع ٥/ ٢١٤، وبداية المجتهد ٢/ ٢٣١، والمهذب ١/ ٣٠٩، وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٢٣).

(٢) وهذا هو المذهب؛ لما استدل به المؤلف.

وعند جمهور أهل العلم: جواز أخذ الرهن والكفيل بدين السلم.

قال الشافعي في الأم ٣/ ٩٤: «السلم السلف وبذلك أقول لا بأس فيه بالرهن والحميل؛ لأنه بيع من البيوع، وقد أمر جل ثناؤه بالرهن فأقل أمره تبارك وتعالى أن يكون إباحة له».

ولأنه أحد نوعي البيع فجاز أخذ الرهن بما يسلم في الذمة منه كبيوع الأعيان، والكفالة وثيقة أشبهت الرهن فيجوز شرطهما.

(حاشية ابن عابدين ٢/ ٢٦٣، ٥/ ٣١٨، والقوانين الفقهية ص (٣٢٨)، ومنح الجليل ٣/ ٢٥٢، والأم ٣/ ٩٤، وشرح المنتهى ٢/ ٢٢٢).

والأقرب: قول جمهور أهل العلم؛ لما استدلوا به.

---

[١] في/ ف بلفظ: (ورويت).

. . . .

كراهيته عن علي وابن عباس وابن عمر(١)، إذ وضع[١] الرهن للاستيفاء من ثمنه عند تعذر الاستيفاء من الغريم، ولا يمكن استيفاء المسلم فيه من عين الرهن، ولا من ذمة الضامن حذراً من أن يصرفه إلى غيره(٢)، ويصح بيع دين مستقر كقرض، أو ثمن مبيع لمن هو عليه(٣) بشرط قبض عوضه في

(١) الآثار المروية عن علي وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أخرجها ابن أبي شيبة في المصنف ٦/ ٢٠ ـ ٢١ ـ البيوع ـ باب من كره الرهن في السلم ـ رقم ٧٥، ٧٦، ٧٧.

وأخرج عبد الرزاق ٨/ ٩ ـ البيوع ـ باب الرهن والكفيل في السلف ـ الأثر المروي عن علي بن أبي طالب تحت رقم ١٠٤٨٢.

(٢) وتقدم صحة صرفه إلى غيره.

(٣) لبيع الدين صور كما يلي:

الصورة الأولى: بيع الدين لمن هو عليه بعين، أي بثمن حال، مثاله: أبيعك هذا الكتاب بعشرة ريالات مؤجلة إلى شهر وأخذ الكتاب، فلما جاء الشهر قال: أبيعك بالريالات التي في ذمتي أرزاً، فقلت: أعطني صاعَيْ أرز وقبضتها.

جمهور أهل العلم على أنه جائز، فإن كان العوضان مما يجري بينهما ربا النسيئة ـ كما لو أخذ عن هذه العشرة ريالات دنانير كويتية ـ فلابد من التقابض، فإذا حل الأجل وقال: ليس عندي عشرة ريالات، عندي دنانير فيصح بشرط القبض؛ لأن بيع الربويين إذا اختلف الجنس واتحدت العلة فيهما اشترط فيه التقابض لقوله ﷺ: **«فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»**، وأن يكون بسعر يومه لئلا يربح فيما لم يدخل تحت ضمانه.

(انظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٤٨، والشرح الصغير ٣/ ٩٩، والمجموع =

---

[١] في / س بلفظ: (أي وضع).

. . . .

المجلس.

= ٩/ ٢٦٣، والمغني ٦/ ١٠٧).

واستدلوا بالآتي:

١ ـ ما روى ابن عمر أنه قال: أتيت النبي ﷺ فقلت: إني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ مكانها بالدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ مكانها الدنانير، فقال عليه الصلاة والسلام: «**لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء**» رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه، وصححه الحاكم، والنووي في المجموع ٩/ ٢٦١، والحديث صريح في الدلالة على الجواز.

٢ ـ أن المدين قابض لما في ذمته؛ لأن ما في الذمة مقبوض، فإذا دفعه ثمنًا للدائن كان هذا بيع مقبوض بمقبوض وهو جائز، هذا على القول بأنه بيع، وإلا فالأظهر أنه من جنس الاستيفاء، فإن المشتري لم يملك شيئًا، وإنما سقط من ذمته العشرة آلاف مقابل هذا الأرز أو هذه الدنانير.

(انظر: مجموع الفتاوى ٢٩/ ٥١١، والربا للمترك ص ٢٩٠).

الصورة الثانية: بيع الدين لمن هو عليه بدين آخر.

صورته: أن يبيع شخص على آخر سلعة بألف ريال إلى سنة، فلما حل الأجل باع عليه هذا الألف بعشرة أثواب إلى سنة، وهذا ما يسمى بفسخ الدين بالدين، وهذا الذي عبر عنه شيخ الإسلام بـ (الساقط بالواجب) فسقط الدين (الألف ريال) ووجب عوضه الأثواب، وقد اختلف في حكم هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنها لا تصح، وهو قول الحنفية والمالكية (تبيين الحقائق ٤/ ٨٣، والتاج والإكليل ٦/ ٢٣٢).

واستدلوا بالآتي:

١ ـ حديث النهي عن بيع الكالئ بالكالئ. =

. . . .

. . . .

. . . .

= ٢ ـ الإجماع على منع بيع الدين بالدين، قال أحمد: إنما هو إجماع.

وقد رد ابن القيم دعوى الإجماع هذه، ونقل هذا الرد عن شيخ الإسلام قال: وقد حكى الإجماع على امتناع هذا ولا إجماع فيه. قاله شيخنا (إعلام الموقعين ١/ ٣٨٩).

القول الثاني: جواز هذه المعاملة، وهو اختيار شيخ الإسلام وابن القيم.

(مجموع الفتاوى ٢٩/ ٥١١، وإعلام الموقعين ٣/ ٣٨٩).

وحجة هذا القول:

١ ـ عدم ثبوت دليل يدل على التحريم، فالحديث ضعيف، والإجماع لا تدخل فيه هذه الصورة، حتى ولو صح الحديث فإن هذه الصورة لا تندرج تحته.

٢ ـ القياس على بيع العين بالدين بجامع حصول المنفعة في كل، وبيانه أنه إذا جاز أن يشغل أحدهما ذمته والآخر يحصل على الربح وذلك في بيع العين بالدين، فإنه يجوز كذلك أن يفرغها من دين ويشغلها بغيره، وكأنه شغلها به ابتداء إما بقرض أو بمعاوضة، فكانت ذمته مشغولة بشيء فانتقلت من شاغل إلى شاغل، وليس هناك بيع كالئ بكالئ (إعلام الموقعين ١/ ٣٨٩).

وعلى هذا فالأقرب: هو القول الثاني لقوة ما ذكروه من الاستدلال في مقابل منعهم الدلالة في أدلة القول الأول، لكن لابد من تقييد الجواز بشرطين:

١ ـ أن لا يربح في هذا البيع لأمرين:

أ ـ لئلا يدخل في النهي عن ربح ما لم يضمن وهذا ليس من ضمانه. =

. . . .

. . . .

. . . .

= ب ـ ولئلا يكون ذريعة إلى الربا فإنه إذا ربح كان شبيهًا بربا الجاهلية.

٢ ـ أن لا يكون العوضان (الدينان) مما يجري بينهما ربا النسيئة، كما لو كان الدين برًا فعاوضه بأرز أو ريالات فعاوضه بدنانير؛ لقوله ﷺ: «**فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد**»، ولحديث ابن عمر: «**ما لم تتفرقا وبينكما شيء**».

الصورة الثالثة: بيع الدين لغير من هو عليه بثمن حال.

صورته: أن يكون لزيد مائة ألف ريال في ذمة عمرو فيبيعها على بكر بسيارة معينة، ويقبض السيارة وتكون المائة ألف لبكر.

وقد اختلف في حكم هذه الصورة على قولين:

القول الأول: أن هذا البيع لا يجوز، وهو مذهب الحنفية والأصح عند الشافعية ومذهب الحنابلة، واستدلوا بالآتي:

١ ـ أن هذا الدين لا يقدر على تسليمه.

ويناقش: بأن هذا غير مسلم، فإن من عليه الدين قد يكون مليئًا باذلاً، فإذا حل الأجل أعطاه حقه.

٢ ـ أن الدين مجهول العين حين العقد، وقد يكون مما لم يوجد حين العقد فيكون فيه غرر وجهالة.

ويناقش: أن هذا غير مسلم، فإن المعقود عليه موصوف بصفات تزيل الجهالة، والعقد على الموصوف جائز بالإجماع كالسلم.

القول الثاني: أن هذا جائز وهو قول المالكية، وقول للشافعية، ورواية عن أحمد، وهو اختيار شيخ الإسلام وابن القيم واستدلوا بالآتي:

١ ـ ما روي عن عمر بن عبد العزيز أن الرسول ﷺ قال: «**من ابتاع دينًا على رجل فصاحب الدين أولى إذا أدى مثل ما أدى صاحبه**» رواه =

. . . .

. . . .

. . . .

= عبد الرزاق، وابن حزم.

ونوقش: بأن في سنده مجهولاً مع إرساله (المحلى ٨/ ٦).

٢ ـ القياس على بيعه لمن هو عليه بجامع أن كلاً منهما اشترى مالاً ثابتًا في الذمة والثمن عين.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٤٨، وشرح الخرشي ٥/ ٧٧، والمجموع ٩/ ٢٦٣، والإنصاف ٥/ ١١٢، وإعلام الموقعين ١/ ٣٨٩).

والأقرب: هو القول الثاني لعدم الدليل على المنع، فيبقى على الأصل، مع مراعاة الشروط الآتية:

أ ـ أن يكون معلومًا جنسه وقدره، فإن كان مجهولاً لم يصح؛ لأن الجهالة غرر إلا على سبيل المصالحة.

ب ـ أن يكون قادرًا على أخذه بأن يكون من عليه الدين غنيًا باذلاً.

جـ ـ أن لا يبيعه بما لا يباع به نسيئة ـ أي أن لا يكون العوضان مما يجري بينهما ربا النسيئة لحديث ابن عمر.

د ـ أن يكون بسعر يومه، لئلا يربح فيه حتى لا يدخل في النهي عن ربح ما لم يضمن، والله أعلم.

الصورة الرابعة: بيع الدين لغير من هو عليه.

صورته: أن يكون لزيد في ذمة عمرو مائة صاع من البر فيبيعها على خالد بمائتي ريال مؤجلة.

وقد اختلف في حكمها على قولين:

القول الأول: أنه لا يجوز، وهو قول الأئمة الأربعة.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٨٥، والتاج والإكليل ٦/ ٢٣٤، والمجموع ٩/ ٢٦٤، والمغني ٦/ ١٠٦). =

. . . .

واستدلوا بالآتي:

١ ـ أنه من بيع الدين بالدين المنهي عنه، لكن النهي عن بيع الكالئ بالكالئ ضعيف.

٢ ـ الإجماع على عدم صحته. (المغني ٦/ ١٠٦).

وقد يناقش: بأن الإجماع ليس نصًا في هذه الصورة، فقد يكون المراد به إذا كان البدلان من الأموال الربوية، والذي يجعلنا نحمله على هذا المحمل ونحوه أنه لا محذور في هذه المعاملة من غرر أو ربا أو أكل للمال بالباطل فإن هذه هي علل المنع.

٣ ـ أنه من بيع الغرر لعدم القدرة على التسليم. (المبدع ٤/ ١٩٩).

ويناقش: بالمنع؛ لأن المدين إذا كان غنيًا باذلاً فإنه يكون مقدورًا عليه، ولو تعذر أخذه من المدين فإن للمشتري الفسخ.

٤ ـ أنه لا فائدة من هذا البيع، فإن البائع لم يستلم الثمن والمشتري لم يستلم المبيع (الربا والمعاملات المصرفية ص ٣٠٢).

ويناقش: بأنه قد يكون فيه فائدة، كأن يكون كل منهما محتاج للدين الذي عند الآخر عند حلول أجله.

القول الثاني: جواز هذا البيع، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية. (الفروع ٤/ ١٨٥).

واستدلوا بالآتي:

١ ـ عدم الدليل على المنع فيبقى على الأصل وهو الحل، كما أن فيها شبهًا بالحوالة بجامع أن كلاً منهما نقل دين من ذمة إلى ذمة أخرى، إلا أن الحوالة يكون فيها الدينان حالين أو أحدهما، وهنا الدينان مؤجلان، وهذا لا أثر له لعدم الدليل على اشتراط الحلول للدين في الحوالة، فإن النص الوارد عام. (الربا والمعاملات المصرفية ص ٣٠٢).

. . . .

وتصح هبة كل دين لمن هو عليه ولا يجوز لغيره(١)، وتصح[١] استنابة

= الصورة الخامسة: بيع دين مؤخر لم يكن ثابتًا في الذمة بدين مؤخر، وهو بيع الدين بالدين ابتداءً أو أصلاً.

مثاله: أسلمتك مائة ريال بعد سنة بخمسين صاعًا من البر صفتها كذا بعد سنة.

وقد ذهب العلماء إلى عدم جواز ذلك، وحكى الإمام أحمد وابن المنذر الإجماع على المنع. (المغني ٦/ ١٠٦، وإعلام الموقعين ١/ ٣٨٨).

واستدلوا بالآتي:

١ ـ أنه بيع كالئ بكالئ، وقد تقدم أنه ضعيف.

٢ ـ أن ذمة كل واحد منهما اشتغلت بغير فائدة، وهذا خلاف الغاية المقصودة من البيع، إذ المقصود القبض.

وفي هذا نظر، فقد يكون له فائدة من هذا العقد، كأن يريد أن يحجز لنفسه من بر هذا الرجل إذا جاء وقت حصاده ـ لجودته ـ ويريد أن ينتفع بمال نفسه ويريد الآخر أن يضمن بيع محصوله وهكذا.

٣ ـ أنه ذريعة إلى الربا، إذ كل واحد منهما إذا تعذر عليه الأداء عند حلول الأجل قد يلجأ إلى التأخير مقابل زيادة المال (إغاثة اللهفان ١/ ٣٦٤).

ويناقش: أن لكل واحد أن يمتنع من الأداء حتى يؤدي صاحبه، وهذا من باب حبس المبيع على ثمنه والراجح جوازه.

(١) أي ولا يجوز هبة كل دين لغير من هو عليه، وهذا هو الصحيح من المذهب، قياسًا على البيع.

وعن الإمام أحمد: صحة ذلك، نقلها حرب، واختارها في الفائق، وهو مقتضى اختيار الشيخ تقي الدين. (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٢٩٤).

---

[١] في/ س بلفظ: (وقطع).

. . . .

من عليه الحق للمستحق[١].

* * *

---

(١) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٣٠٥: «وإذا كان لرجل سلم وعليه سلم من جنسه، فقال لغريمه: اقبض سلمي لنفسك ففعل لم يصح قبضه لنفسه؛ لأن قبضه لنفسه حوالة به، والحوالة بالسلم لا تجوز، وهل يقع قبضه للآمر على روايتين:

إحداهما: يصح؛ لأنه أذن له في القبض فأشبه قبض وكيله، وكما لو نوى المأمور القبض للآمر.

والثانية: لا يصح؛ لأنه لم يجعله نائبًا له في القبض فلم يقع له بخلاف الوكيل، فصار كالقابض بغير إذن ـ وفي الإنصاف: وهو المذهب ـ».

وفي حاشية العنقري ٢/ ١٥٠: «قوله: وتصح استنابة من عليه الحق للمستحق، وذلك كأن يوكل المدين رب الدين في قبضه، ومفهومه: عدم صحة عكسه، وقال ابن القيم: والظاهر: أنه لا يحتاج إلى شيء من ذلك ويكفي قبضه من نفسه لرب المال، وإذا تصدق عنه الذي قال كان عن الآمر هذا هو الصحيح، وهو تخريج لبعض أصحابنا».

* * *

. . . .

باب القرض

باب القرض(١)

بفتح القاف وحكي كسرها(٢) (٣)، ومعناها لغة: القطع. واصطلاحًا: دفع مال لمن ينتفع به ويرد بدله(٤) وهو جائز بالإجماع(٥).

---

(١) أي هذا باب يذكر فيه فضل القرض، وأحكامه، وما يتعلق بذلك (حاشية ابن قاسم ٥/ ٣٦).

(٢) القَرْضُ: لغة مصدر قرض الشيء يقرضه إذا قطعه.

قال ابن فارس في معجم مقاييس اللغة٥/ ٧١: «القاف والراء والضاد معنى أصل صحيح يدل على القطع، يقال: قرضت الشيء بالمقراض، والقرض: ما تعطيه الإنسان من مالك لتقضاه، وكأنه شيء قد قطعته من مالك...».

(٣) ومن حكى الكسر: الكسائي وابن السكيت والجوهري وغيرهم.

(انظر: الصحاح ٣/ ١١٠١، والقاموس ص (٨٤٠)، والمغرب ٢/ ١٦٩، والمطلع ص (٢٤٦)).

(٤) فقوله: «دفع مال» شمل العارية والهبة، وأخرجهما بقوله: «ويرد بدله» أو يقال: بأن قوله: «مال» لا يشمل العارية؛ لأنها إباحة منافع. وتخرج الهبة بالقيد المذكور.

(٥) وقد دل على جوازه الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿مَن ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ =

وَهُوَ مَنْدُوبٌ

(وهو مندوب) لقوله عليه السلام في حديث ابن مسعود: «ما من مسلم يقرض مسلمًا قرضًا مرتين إلا كان كصدقة مرة»[1]، وهو مباح

= أَضْعَافًا كَثِيرَةً﴾، فالله سبحانه وتعالى شبه الأعمال الصالحة والإنفاق في سبيل الله بالمال المقرض، وشبه الجزاء المضاعف على ذلك ببدل القرض.

وأما السنة: فلما أورده المؤلف، ويأتي.

وأما الإجماع، فنقله غير واحد من العلماء.

(المغني ٦/ ٤٢٩، والمبدع ٤/ ٢٠٤، وكشاف القناع ٣/ ٢٩٨).

(١) أخرجه ابن ماجه ٢/ ٨١٢ - الصدقات - باب القرض - ح ٢٤٣٠، أحمد ١/ ٤١٢، أبو يعلى ٨/ ٤٤٣ - ح ٥٠٣٠، ٩/ ٢٤٧ - ٢٤٨ - ح ٥٣٦٦، الخرائطي في مكارم الأخلاق ص ٢٢ - ح ١٢٤، ابن شاهين في الترغيب في فضائل الأعمال ص ٣٦٩ - ح ٤٦٥، البيهقي ٥/ ٣٥٣ - البيوع - باب ما جاء في فضل الإقراض - من طريق علقمة بن قيس عن ابن مسعود مرفوعًا.

وأخرجه ابن حبان كما في الإحسان ٧/ ٢٤٩ - ح ٥٠١٨، الخرائطي في مكارم الأخلاق ص ٢٢ - ح ١٢٥، ابن شاهين في الترغيب ص ٣٦٩ - ح ٤٦٤، الطبراني في الكبير ١٠/ ١٥٩ - ح ١٠٢٠٠، ابن عدي في الضعفاء ٤/ ١٤٧٦، ١٤٧٨، البيهقي ٥/ ٣٥٤ - من طريق الأسود بن يزيد عن عبد الله بن مسعود مرفوعًا.

وأخرجه البخاري في التاريخ الكبير ٤/ ١٤١، الطبراني في المعجم الكبير ٩/ ٢٧٥ - ٢٧٦ - ح ٩١٨٠ - من طريق علقمة عن عبد الله بن مسعود موقوفًا عليه.

الحديث صححه ابن حبان، وقال البيهقي في السنن: رفعه ضعيف، ونقل ابن الجوزي عن الدارقطني قوله: الموقوف أصح. العلل المتناهية ٢/ ١١٣.

قلت: ولعل الحديث بمجموع الطرق يرتقي إلى درجة الحسن لغيره.

. . . .

للمقترض وليس من المسألة المكروهة[1] لفعله عليه السلام.

(١) باتفاق الأئمة: أن القرض في حق المقرض قربة من القرب لما في ذلك من قضاء الحاجة، وتفريج الكربة، ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة...، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه**» رواه مسلم ٤/ ٢٠٧٤، هذا من حيث الأصل.

وأما في حق المقترض فالأصل في ذلك الإباحة لمن علم من نفسه الوفاء، وعزم على ذلك.

(حاشية ابن عابدين ٤/ ١٧٠، ومواهب الجليل ٤/ ٥٤٥، وشرح الزرقاني على مختصر خليل ٥/ ٢٢٦، وروضة الطالبين ٤/ ٣٢، وشرح المنتهى ٢/ ٢٢٥).

مسألة: جمهور أهل العلم: أن القرض على خلاف القياس.

ومبنى هذا القول: أن القرض تمليك للشيء برد مثله فساوى البيع إذ هو تمليك الشيء بثمنه، والمعاوضة في كليهما مقصودة، فكان بيع ربوي بجنسه مع تأخر القبض وهو محظور، من أجل ذلك جرى جوازه على خلاف القياس.

(انظر: تحفة المحتاج ٥/ ٣٩، ونهاية المحتاج ٤/ ٢١٨).

وقال القرافي في الفروق ٤/ ٢: «اعلم أن قاعدة القرض خولفت فيها ثلاث قواعد شرعية: قاعدة الربا إن كان في الربويات كالنقدين والطعام.

وقاعدة المزابنة: وهي بيع المعلوم بالمجهول من جنسه إن كان في الحيوان ونحوه من غير المثليات.

وقاعدة بيع ما ليس عندك في المثليات: وسبب مخالفة هذه القواعد مصلحة المعروف للعباد». =

. . . .

وَمَا يصِحُ بَيْعُهُ صَحَ قَرْضُهُ

(**وما يصح بيعه**) من نقد أو عرض (**صح قرضه**) مكيلاً كان أو موزونًا أو غيرهما[1]؛ لأنه عليه السلام استسلف. . . . .

= وعند شيخ الإسلام وابن القيم: أن القرض على وفق القياس.

قال شيخ الإسلام في مجموع الفتاوى ٢٠/ ٥١٤: «والمقرض يقرضه ما يقرضه لينتفع به، ثم يعيده له بمثله، فإن إعادة المثل تقوم مقام إعادة العين، ولهذا نهى أن يشترط زيادة على المثل كما لو شرط في العارية أن يرد مع الأصل غيره، وليس هذا من باب البيع، فإن عاقلاً لا يبيع درهمًا بمثله من كل وجه إلى أجل، ولا يباع الشيء بجنسه إلى أجل إلا مع اختلاف الصفة أو القدر».

وقال ابن القيم في إعلام الموقعين ١/ ٣٩٠: «فإن القرض من جنس التبرع بالمنافع، ولهذا سماه النبي ﷺ منيحة، فقال: أو **منيحة ذهب أو منيحة ورق**» اهـ.

وقال أيضًا في إعلام الموقعين ٣/ ١١١: «ومن ذلك أن الله تعالى حرم أن يدفع الرجل إلى غيره مالاً ربويًا بمثله على وجه البيع إلا أن يتقابضا، وجوز دفعه بمثله على وجه القرض، وقد اشتركا في أن كلاً منهما يدفع ربويًا ويأخذ نظيره، وإنما فرق بينهما القصد، فإن مقصود القرض إرفاق المقترض ونفعه، وليس مقصوده المعاوضة والربح، ولهذا كان القرض شقيق العارية، كما سماه النبي ﷺ منيحة الورق فكأنه أعاره دراهم، ثم استرجعها منه، لكن لم يمكن استرجاع العين فاسترجع المثل» اهـ.

(١) فالمذهب: أن كل ما صح بيعه صح قرضه سواء كان قيميًا أو مثليًا؛ لما استدل به المؤلف.

وعند الحنفية: يصح قرض المثليات.

وأما القيميات التي تتفاوت آحادها تفاوتًا تختلف به قيمتها كالحيوان والعقار والجواري ونحو ذلك فلا يصح إقراضها. =

إلاَّ بَني آدَم

بكراً(١).

(إلا بنـي آدم)(٢) فلا يصح قرضهم؛ لأنه لم ينقل، ولا هو من المرافق

= قال ابن عابدين في حاشيته ٤/ ١٧١: «لا يصح القرض في غير المثلي؛ لأن القرض إعارة ابتداء حتى صح بلفظها، معاوضة انتهاء؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه فيستلزم إيجاب المثل في الذمة، وهذا لا يتأتى في غير المثلي».

وعند المالكية والشافعية: يجوز قرض كل ما يصح السلم فيه؛ لإمكان ضبطه بالوصف.

(بدائع الصنائع ٧/ ٣٩٥، وشرح الزرقاني على مختصر خليل ٥/ ٢٢٦، وروضة الطالبين ٤/ ٣٢، وشرح المنتهى ٢/ ٢٢٥).

وعند الظاهرية: جواز القرض في كل شيء، قال في المحلى ٨/ ٨٢: «والقرض جائز في الجواري والعبيد والدور والأرضين وغير ذلك؛ لعموم قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ فعم سبحانه وتعالى ولم يخص، فلا يجوز التخصيص في ذلك بالرأي الفاسد بغير قرآن ولاسنة، وقولنا في هذا هو قول المزني وأبي سليمان ومحمد بن جرير وأصحابنا».

(١) سبق تخريجه.

(٢) وهذا باتفاق الأئمة الأربعة إن كان جارية؛ لما علل به المؤلف.

وإن كان ذكراً فعند الحنفية والحنابلة: لا يصح قرضه؛ لما علل به المؤلف.

وعند المالكية والشافعية: يصح قرضه؛ لصحة السلم فيه.

وعند المالكية والشافعية أيضاً: جواز قرض الجارية لمن لا يحل له وطؤها؛ لانتفاء المحظور).

وتقدم عن الظاهرية جواز قرض بني آدم مطلقًا؛ للعمومات (المصادر السابقة).

وفي الحديث الذي استدل به المؤلف: جواز قرض الحيوان، وهو قول جمهور أهل العلم، خلافًا للحنفية فلا يجوز قرضه؛ لأنه ليس من المثليات.

. . . .

ويُفضي [إلى][١] أن يقترض جارية يطأها ثم يردها(١).

ويشترط معرفة قدر القرض ووصفه(٢) وأن يكون المقترض ممن يصح تبرعه(٣).

---

(١) وفي الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٣٢٩: «. . . وقولهم: متى شاء المقترض ردها ممنوع، فإننا إذا قلنا: الواجب رد القيمة لم يملك المقترض رد الأمة، وإنما يرد قيمتها، وإن سلمنا ذلك، لكن متى قصد المقترض هذا لم يحل له فعله ولا يصح إقراضه، كما لو اشترى أمة ليطأها ثم يردها بالمقايلة أو بعيب فيها وإن وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة كما لو وقع ذلك في البيع. . .».

(٢) وهذا هو الشرط الأول من شروط صحة القرض، أي معرفة قدر القرض بمكيال معلوم، ووزن معلوم، وعدد معلوم، وكذا معرفة وصفه؛ ليتمكن من رد بدله.

(٣) وهذا الشرط الثاني من شروط صحة القرض: أن يكون المقرض من أهل التبرع بأن يكون حراً بالغًا عاقلاً رشيداً، وهذا باتفاق الأئمة.

وفي كشاف القناع ٣/ ٣٠٠: «لأنه عقد إرفاق فلم يصح إلا ممن يصح تبرعه كالصدقة».

(بدائع الصنائع ٧/ ٣٩٤، ونهاية المحتاج ٤/ ٢١٩، وشرح المنتهى ٢/ ٢٢٥).

وعلى هذا فلا يصح إقراض الصبي والمكاتب والعبد المأذون في التجارة، ونحوهم كولي اليتيم وناظر الوقف، وكذا لا يصح إقراض المكره بغير حق.

الشرط الثالث: أن يكون القرض عينًا، وهو مذهب الحنفية والحنابلة.

فأما الحنفية فلأنه غير مثلي، وأما الحنابلة فقال البهوتي في كشاف القناع =

---

[١] ساقط من / س.

وَيَمْلُكُ بِقَبْضِهِ

ويصح بلفظه وبلفظ السلف وكل ما أدى معناهما(١)، وإن قال: ملكتك ولا قرينة على رد بدل[١] فهبة(٢).

(ويملك) القرض (بقبضه)(٣) كالهبة ويتم..........

= ٣/ ٣٠٠: «لأنه غير معهود» (حاشية ابن عابدين ٤/ ١٧١، وشرح المنتهى ٢/ ٢٢٥).

وعند المالكية والشافعية: يصح قرض المنافع؛ لصحة السلم فيها (روضة الطالبين ٤/ ٢٧، وشرح الخرشي على خليل ٥/ ٢٠٣).

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص (٣٧): «ويجوز قرض المنافع مثل أن يحصد معه يومًا، ويحصد معه الآخر يومًا، أو يسكنه دارًا ليسكنه الآخر بدلها...».

(١) أي ويصح بلفظ القرض، وبلفظ السلف، فإن السلف يكون قرضًا (انظر: المطلع ص ٢٤٥)، ولورود الشرع بهما.

(٢) في كشاف القناع ٣/ ٣١٢: «لأنه صريح في الهبة، فإن اختلفا فقال المعطي: هو قرض، وقال الآخذ: هو هبة، فالقول قول الآخذ إنه هبة؛ لأن الظاهر معه».

(٣) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الحنفية والشافعية: أن القرض لا يملك إلا بالقبض؛ إذ القرض تبرع فيأخذ حكم باقي التبرعات من هبات وصدقات.

وعند المالكية: يملك بالعقد، وهو قول الشوكاني، إذ التراضي هو المناط في نقل ملكية الأموال من بعض العباد إلى بعض.

(بدائع الصنائع ٧/ ٣٩٦، وشرح الخرشي على مختصر خليل ٥/ ٢٣٢، نهاية المحتاج ٤/ ٢٢٧، والمبدع ٤/ ٢٠٦).

والأقرب: قول المالكية لأمر الله عز وجل بالوفاء بالعقد مطلقًا، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

---

[١] في/ ط بلفظ: (بدله).

فَلاَ يَلْزَمُ عَيْنُهُ، بَلْ يَثْبُتُ بدله في ذمته حَالاً وَلَوْ أجلَهُ،

بالقبول[١] وله الشراء به من قرضه[٢]، (**فلا يلزم**) رد (**عينه**) للزومه بالقبض[٣] (**بل يثبت بدله في ذمته**) أي ذمة المقترض (**حالاً ولو أجله**)[٤]

---

(١) أي يتم عقد القرض بالقبول كالبيع، ويملك ويلزم بالقبض هذا هو المذهب، وتقدم.

(٢) أي وللمقترض الشراء بما اقترضه من المقرض بلا كراهة؛ لأنه ملكه، فكان له التصرف فيه بما شاء.

(٣) وملكه ملكًا تامًا ما لم يفلس القابض ويحجر عليه، فله الرجوع على المذهب كما سيأتي في باب الحجر.

وقد اختلف العلماء في لزوم القرض في حق المقرض على أقوال:

فالمذهب ومذهب الحنفية: أنه لا يلزم في حق المقرض إلا بقبض المقترض، فإذا قبضه المقترض صار العقد لازمًا في حق المقرض فلا يملك الرجوع فيه؛ لأنه أزال ملكه عنه بعوض من غير خيار فلم يكن له الرجوع فيه كالبيع.

وعند المالكية: يلزم بالعقد في حق المقرض؛ لعمومات الأمر بوفاء العقود.

وعند الشافعية: أن القرض لا يلزم بالقبض، وللمقرض الرجوع ما دام باقيًا في ملك المقترض بحاله لم يتعلق به حق لازم؛ لأنه يتمكن من تغريمه بدل حقه عند الفوات، فلأن يتمكن من مطالبته أولى.

(الأشباه والنظائر لابن نجيم مع حاشية الحموي ٢/ ٢٠٤، وشرح الخرشي ٥/ ٢٣٢، والزرقاني على خليل ٥/ ٢٢٩، والمهذب ١/ ٣١٠، وروضة الطالبين ٤/ ٣٥، والمبدع ٤/ ٢٠٦، وشرح المنتهى ٢/ ٢٢٥).

ورجح الشوكاني في السيل الجرار ٣/ ١٤٤ رأي المالكية.

(٤) إذا اشترط تأجيل القرض فالمذهب ومذهب الحنفية: صحة العقد مع فساد =

فإنْ رَدَّهُ المُقْتَرِضُ

المقرض لأنه عقد منع فيه من التفاضل فمنع الأجل فيه كالصرف، وقال الإمام: القرض حال وينبغي أن يفي بوعده (**فإن رده المقترض**) أي رد

= الشرط.

واحتج الحنفية على عدم صحة تأجيل القرض: بأنه إعارة في الابتداء، ومعاوضة في الانتهاء، فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح التأجيل؛ لأنه يصير بيع دراهم بدراهم نسيئة وهو ربا.

واحتج الحنابلة: بما أورده المؤلف، ولأنه وعد، والوفاء بالوعد غير لازم.

وعند الشافعية: إذا شرط في القرض أجل لم يصح الشرط، ويفسد القرض إذا كان للمقرض غرض، بأن كان زمن نهب والمستقرض مليء؛ لأن فيه جر منفعة للمقرض.

وعند المالكية: صحة تأجيل القرض بالشرط، فلا يلزم المقترض رد البدل قبل حلول الأجل المعين؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: «**المسلمون على شروطهم**».

(رد المحتار ٤/ ١٧٠، والبهجة ٢/ ٢٨٨، وروضة الطالبين ٤/ ٣٤، وشرح المنتهى ٢/ ٢٧٧، وكشاف القناع ٣/ ٣٠٣).

قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص (١٣٢): «الدين الحال يتأجل بتأجيله، سواء أكان الدين قرضًا أو غيره» وكذا اختاره ابن القيم في إعلام الموقعين ٣/ ٣٧٥، والشوكاني في السيل الجرار ٣/ ١٤٤.

وعند المالكية أيضًا: إذا لم يشترط أجل للقرض فإن المقرض يجبر على إبقائه عند المقترض إلى قدر ما يرى في العادة أنه انتفع به (المصدر السابق للمالكية).

لَزِمَ قُبُولُهُ وَإِنْ كَانَتْ

القرض بعينه (لزم) المقرض (قبوله) إن كان مثليًا ؛ لأنه رده على صفة حقه سواء(١) تغير سعره(٢) أو لا ، حيث لم يتعيب[١](٣) ، وإن كان متقومًا(٤) لم يلزم المقرض قبوله وله الطلب بالقيمة(٥) ، (وإن [٢] كانت) الدراهم التي

---

(١) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٣٣٨ : «لا نعلم خلافًا في وجوب رد المثل في المكيل والموزون، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن من أسلف سلفًا مما يجوز أن يسلف فَرُدَّ عليه مثله أن ذلك جائز».

(٢) سيأتي قريبًا حكم تغير سعر القرض.

(٣) كحنطة ابتلت، أو عفنت، فلا يلزمه قبولها ؛ لأن عليه ضررًا، لكونه دون حقه.

(٤) أي وإن كان القرض متقومًا، كالثياب والحيوان ونحوهما، إذ القيمي على المذهب : ما عدا المثلي، والمثلي : كل مكيل أو موزون لا صناعة فيه مباحة يصح السلم فيه.

وتقدم بيان القيمي والمثلي في فصل التصرف في المبيع قبل القبض.

(٥) وهذا هو المذهب؛ لأن ما أوجب المثل في المثليات أوجب القيمة فيما لا مثل كالإتلاف.

والوجه الثاني : يجب رد مثله؛ لأن النبي ﷺ «استسلف بكرًا فرد مثله»، ولأن ما ثبت في الذمة في السلم ثبت في القرض كالمثلي.

ويخالف الإتلاف فإنه لا مسامحة فيه، فوجبت القيمة لأنها أحصر، والقرض أسهل (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٣٣٩).

---

[١] في/ م بلفظ : (يتعين)، وفي/ ف بلفظ : (يتغير).

[٢] في/ ط بلفظ : (فإن).

مُكَسرَةَ أَوْ فُلُوسًا فَمَنَعَ السُّلْطَانُ الْمُعَامَلَةَ بِهَا فَلَهُ القِيمَةُ وَقتَ القَرْضِ، وَيُرَدُّ المِثْلُ فِي المِثْلِيات.

وقع القرض عليها (**مكسرة أو**)(١) كان القرض (**فلوسًا**(٢) **فمنع السلطان المعاملة بها**) أي بالدراهم المكسرة أو الفلوس (**فله**) أي للمقرض[١] (**القيمة وقت القرض**) لأنه كالعيب[٢]، فلا يلزمه قبولها وسواء كانت باقية أو استهلكها[٣]، وتكون القيمة من غير جنس الدراهم، وكذلك المغشوشة إذا[٤] حرمها السلطان.

(**ويرد**) المقترض (**المثل**) أي مثل[٥] ما اقترضه (**في المثليات**) لأن المثل أقرب شبهًا من القيمة، فيجب رد مثل فلوس غلت أو رخصت أو كسدت[٦]،

---

(١) المكسرة: أجزاء من الدنانير أو الدراهم.

(٢) الفلوس: جمع فَلْس للكثرة، أما جمع القلة فهو أفلس، وبائعها فلاس (تاج العروس مادة «فلس»).

وفي الاصطلاح: كل ما يتخذه الناس ثمنًا من سائر المعادن عدا الذهب والفضة.

(انظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢٣٦، والشرح الصغير ١/ ٢١٨، والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ١٧٩)، والمراد بالفلوس الآن: جميع الأثمان ورقية أو معدنية.

---

[١] في/ ف بلفظ: (للمقترض).

[٢] في/ م، ف بلفظ: (كالعين).

[٣] في/ س بلفظ: (واستهلكها).

[٤] في/ م، ف بلفظ: (إن).

[٥] في/ م، ف بلفظ: (من).

[٦] في/ س بلفظ: (كسرت).

والقِيمَةُ فِي غَيْرِهَا ، فَإِنْ أَعْوَزَ المِثْلَ فَالقِيمَةَ إِذًا

(و) يـرد (**القيمة في غيرها**) من المتقومات، وتكون القيمة في جوهر ونحوه يومَ قبضه، وفيما يصح سلم فيه يوم قرضه، (**فإن أعوز**) أي تعذر (**المثل فالقيمة إذًا**)[1] أي وقت إعوازه؛ لأنها حينئذ تثبت في الذمة.

---

(١) فالمذهب بالنسبة لبدل القرض إن كان مثليًا والمثلي على المذهب: كل مكيل أو موزون لا صناعة فيه مباحة يصح السلم فيه، وجب رد المثل ولو رده بعينه فيجبر المقرض على قبوله ما لم تتغير عينه بعيب أو نقصان، لأنه رده على صفة حقه فلزم قبوله كالسلم.

وإن كان قيميًا وهو ما عدا المثلي؛ كالجواهر ونحوها، فيلزم المقترض قيمته يوم القبض؛ لأنه وقت الثبوت في الذمة.

وعند أبي حنيفة: يلزم رد مثل القرض لا عينه، ولو كانت العين قائمة، وإذا تعذر على المقترض رد المثل يجبر المقرض على الانتظار إلى وجود المثل، ولا يصار إلى القيمة إلا برضاها.

وعند المالكية والشافعية: أن المقترض مخير بين أن يرد مثل الذي اقترضه؛ لأنه أقرب إلى حقه، وبين أن يرده بعينه إذا لم يتغير بزيادة أو نقصان.

وإن كان قيميًا فله أن يرده بعينه ما دامت على حالها لم تتغير، أو بمثله صورة؛ لما صح عن النبي ﷺ «أنه استسلف بكرًا ورد رباعيًا».

(رد المحتار ٤/ ١٧٢، وشرح الخرشي ٥/ ٢٣٢، وتحفة المحتاج ٥/ ٤٤، ونهاية المحتاج ٤/ ٢٢٣، والمبدع ٤/ ٢٠٧، وشرح المنتهى ٢/ ٢٢٦).

وتقدم في فصل: التصرف في المبيع قبل قبضه بيان المثلي، والقيمي.

. . . .

وَيُحَرَّمُ كُلُّ شَرْطٍ جَرَّ نَفْعًا

(ويحرم) اشتراط (كل شرط جر نفعًا)(١) كأن يسكنه[١] داره أو يقضيه خيرًا منه(٢)؛ لأنه عقد إرفاق[٢] وقربة، فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه

---

(١) قال ابن المنذر كما في المغني ٦/ ٤٣٦: «أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستسلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك أن أخذ الزيادة على ذلك ربا».

وقال ابن عبد البر في الكافي ١/ ٣٥٩: «وكل زيادة في سلف أو منفعة ينتفع بها المسلف فهي ربا، ولو كانت قبضة من علف، وذلك حرام إن كان بشرط».

(٢) إذا شرط في عقد القرض أن يكون الوفاء في بلد آخر: فالمذهب إن كان لحمله مؤنة لا يجوز، وإن لم يكن لحمله مؤنة جاز، قالوا: لورود ذلك عن علي وابن عباس والحسن بن علي وابن الزبير وغيرهم.

وعند الحنفية: يكره اشتراط الوفاء في بلد آخر؛ لأن المقرض ينتفع بإسقاط خطر الطريق فأشبه القرض الذي يجر نفعًا.

وعند المالكية والشافعية وابن حزم: عدم جواز شرط الوفاء في غير بلد القرض؛ لأنه قرض جر نفعًا، والقرض موضوعه المعونة والإرفاق، لكن عند المالكية في حال الضرورة كالخوف في الطريق يجوز لمصلحة حفظ المال.

(تبيين الحقائق ٤/ ١٧٥، وشرح الخرشي على خليل ٥/ ٢٣١، ونهاية المحتاج ٤/ ٢٢٥، والمبدع ٤/ ٢٠٨، وشرح المنتهى ٢/ ٢٢٧، والمحلى ٨/ ٧٧).

وعند شيخ الإسلام: يجوز اشتراط الوفاء في بلد آخر صحيح؛ لأنه ليس زيادة في القدر ولا الصفة، وفيه مصلحة لهما فجاز كشرط الرهن. =

---

[١] في/ س بلفظ: (ليسكنه).

[٢] في/ س بلفظ: (ارقاق).

وَإِنْ بَدأَ بِهِ بِلا شَرْطٍ، أَوْ أَعْطَاهُ أَجْوَدَ،

عن موضوعه(١).

(**وإن بدأ**[١] **به**) أي بما فيه نفع كسكنى[٢] داره (**بلا شرط**) ولا مواطأة بعد الوفاء جاز لا قبله(٢)، (**أو أعطاه أجود**) بلا شرط(٣) جاز لأنه عليه

= وفي الاختيارات ص (١٣١): «ولو أقرضه في بلد؛ ليستوفي منه في بلد آخر جاز».

وتأتي آثار الصحابة في القرض الذي جر نفعًا.

(١) وهو القربة بإقراض المقترض ونفعه إلى الربح على المقترض فيدخل في باب المعاوضة فلا يصير قرضًا.

(٢) أي لا قبل الوفاء فإنه لا يجوز مطلقًا بخلاف ما بعده؛ لأنه لم يجعله عوضًا في القرض، ولا وسيلة إليه فكما لو لم يكن قرض.

وفي حاشية العنقري ٢/ ١٥٧: «قال في المنتهى وشرحه: فإن استضافه مقترض حسب له مقرض ما أكل نصًا، ويتوجه: لا، وظاهر كلامهم: أنه في الدعوات كغيره. قاله في الفروع.

قال ـ الخلوتي ـ قال شيخنا: وظاهره أيضًا ما لم تكن الضيافة واجبة، وهو اتجاه لمرعي» اهـ.

(٣) جمهور أهل العلم، وهو المذهب: أن المقترض لو قضى دائنه ببدل خير منه في القدر أو الصفة، أو دونه برضاهما جاز ما دام أن ذلك بغير شرط ولا مواطأة؛ لما استدل به المؤلف.

بل نص الحنفية والشافعية: على أنه يستحب للمقترض أن يرد أجود مما أخذ بلا شرط.

وذهب الإمام مالك إلى التفصيل في المسألة، فكره أن يزيد المقترض في الكم والعدد إلا في اليسير جدًا، وأجاز الزيادة في الصفة بلا شرط. =

---

[١] في/ س بلفظ: (ابدا).

[٢] في/ م بلفظ: (كمسكن جاره).

. . . .

. . . .

= (بدائع الصنائع ٧/ ٣٩٥، والكافي لابن عبد البر ١/ ٣٥٨، والقوانين ص ٢٩٤، وروضة الطالبين ٤/ ٣٧، والمبدع ٤/ ٢١٠، وشرح المنتهى ٢/ ٢٢٧).

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٣٤٦: «إذا أقرضه مطلقًا فقضاه أكثر منه، أو خيرًا منه في الصفة أو دونه برضاهما جاز».

وفي الإنصاف: «وإن فعله بغير شرط، أو قضى خيرًا منه ـ يعني بغير مواطأة نص عليه ـ أو أهدى له هدية بعد الوفاء جاز، وهو الصحيح من المذهب... . وعنه: لا يجوز... وجزم الحلواني: أن يأخذ أجود مع العادة.

فائدتان:

إحداهما: لو علم المقترض يزيده شيئًا على قرضه فهو كشرطه، اختاره القاضي وجزم به في الحاوي الصغير...

وقيل: يجوز، اختاره المصنف ـ ابن قدامة ـ والشارح، وفي الحاوي الكبير، وقالوا: لأنه عليه أفضل الصلاة والسلام كان معروفًا بحسن الوفاء، فهل يسوغ لأحد أن يقول: يكره القرض له؟ وعللوه بتعليل جيد...

قلت: وهو الصواب.

الثانية: شرط النقص كشرط الزيادة على الصحيح من المذهب.

وقيل: يجوز، قال في الفروع: ويتوجه أنه فيما لا ربا فيه.

قلت: قال المصنف والشارح: وإن شرط في القرض أن يوفيه أنقص وكان مما يجري فيه الربا لم يجز، وإن كان في غيره لم يجز أيضًا.

وقال ابن رزين في شرحه: وإن شرط التوفية أنقص وهو مما يجري فيه الربا لم يجز وإلا جاز، وقيل: لا يجوز» اهـ.

. . . .

أَوْ هَدِيةً بَعْدَ الإِفَاءِ جَازَ

السلام استسلف[1] بكرًا فرد خيرًا منه وقال: «**خيركم أحسنكم قضاء**» متفق عليه(١).

(أو) أعطاه **(هدية بعد الوفاء**(٢) **جاز)**؛ لأنه لم يجعل تلك الزيادة

---

(١) أخرجه البخاري ٣/ ٦١، ٦٢ ـ الوكالة ـ باب وكالة الشاهد والغائب جائزة، وباب الوكالة في قضاء الديون، ٣/ ٨٣، ٨٤ ـ الاستقراض ـ باب استقراض الإبل، وباب هل يعطى أكبر من سنه، وباب حسن القضاء، ٣/ ١٣٩، ١٤٠ ـ الهبة ـ باب الهبة المقبوضة وغير المقبوضة، وباب من أهدي له هدية وعنده جلساؤه فهو أحق، مسلم ٣/ ١٢٢٥ ـ المساقاة ـ ح ١٢٠، ١٢١، ١٢٢ ـ من حديث أبي هريرة، وقد تقدم تخريجه من حديث أبي رافع.

(٢) المذهب: أن المقترض إذا أهدى لمقرضه هدية قبل الوفاء ولم ينو المقرض احتسابها من دينه أو مكافأته عليها لم يجز، إلا إذا جرت عادة بينهما قبل القرض فيجوز، وإلا لم يجز؛ لما استدل به المؤلف.

ولما روى ابن سيرين أن عمر رضي الله عنه «أسلف أبي بن كعب عشرة آلاف درهم فأهدى إليه أبي بن كعب من ثمرة أرضها فردها عليه».

وعند الحنفية: لا بأس بهدية من عليه القرض لمقرضه، لكن الأفضل أن يتورع المقرض عن قبول هديته إذا علم أنه إنما يعطيه لأجل القرض، أما إذا علم أنه يعطيه لا لأجل القرض، بل لقرابة أو صداقة بينهما فلا يتورع عن القبول، وكذا لو كان المستقرض معروفًا بالجود، فإن لم يتبين هل الهدية من أجل القرض أم لا؟ فيتورع حتى يتبين أنه أهدى لأجل الدين.

وعند المالكية: لا يحل للمقترض أن يهدي الدائن رجاء أن يؤخره بدينه، ويحرم على الدائن قبولها إذا علم أن غرض المدين ذلك؛ لأنه يؤدي إلى التأخير مقابل الزيادة. =

---

[١] في/ ف بلفظ: (استلف).

وَإِنْ تَبَرَّعَ لَمْ يَجُزْ إِلاَّ أَنْ يَنْوِيَ مُكَافَأَتَهُ عَلَىٰ ذَٰلِكَ، أَوْ احْتِسَابَهُ مِنْ دَيْنِهِ

عوضًا في القرض[١] ولا وسيلة إليه، **(وإن تبرع)** المقترض **(لمقرضه قبل وفائه بشيء لم تجر عادته به)** قبل القرض **(لم يجز**(١) **إلا أن ينوي)** المقرض[٢] **(مكافأته على ذلك)** الشيء(٢).

(أو احتسابه من دينه) فيجوز له قبوله[٣] لحديث أنس مرفوعًا: «**إذا أقرض أحدكم قرضًا فأهدي إليه أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك**»(٣) رواه ابن ماجه وفي سنده

= وأما إذا لم تكن لأجل الدين بأن كان بينهما تهاد قبل ذلك فلا تحرم، إلا أن يحصل موجب للهدية بعد المداينة من صهارة أو جواز، أو نحو ذلك فلا تحرم أيضًا.

وعند الشافعية وابن حزم: عدم تحريم هدية المقترض مطلقًا إذا لم تكن مشروطة.

(الفتاوى الهندية ٣/ ٢٠٣، وشرح الخرشي على خليل ٥/ ٢٠٣، وروضة الطالبين ٤/ ٣٧، ومغني المحتاج ٢/ ١١٩، وشرح المنتهى ٢/ ٢٢٧، وإعلام الموقعين ٣/ ١٥٤، ١٨٤، وإغاثة اللهفان ١/ ٣٦٤، وتهذيب السنن ٥/ ١٥٠).

والأقرب: قول الحنابلة؛ لما ذكروه من التفصيل.

(١) لأنه لم يتبرع له إلا من أجل القرض، فيجر نفعًا محظورًا.

(٢) بأن يفعل معه مثل ما فعل مما فيه نفع فيجوز قبوله.

(٣) ومن آثار الصحابة: ما رواه سالم بن الجعد قال: «كان لنا جار سمَّاك، عليه لرجل خمسون درهمًا، فكان يهدي إليه السمك، فأتى ابن عباس، فسأله =

---

[١] في/ هـ بلفظ: (العرض).

[٢] في/ س بلفظ: (المقترض).

[٣] في/ س، م، ف بلفظ: (قبول).

. . . .

جهالة[(١)(٢)].

= عن ذلك؟ فقال: قاضه بما أهدى إليك» رواه البيهقي ٥/ ٣٥٠، وإسناده صحيح.

وما رواه أبو بردة، قال: «أتيت المدينة، فلقيت عبد الله بن سلام، فقال لي: ألا تجيء إلى البيت حتى أطعمك سويقًا وتمرًا، ثم قال: إنك بأرض الربا فيها فاش، فإذا كان لك على رجل دين، فأهدى إليك حبلة من علف أو شعير، أو حبلة من تبن، فلا تقبله، فإن ذلك من الربا»، رواه البخاري، والبيهقي ٥/ ٣٤٩، واللفظ له.

وروى فضالة بن عبيد رضي الله عنه قال: «كل قرض جر منفعة، فهو وجه من وجوه الربا» رواه البيهقي، وفي الإرواء ٥/ ٢٣٥: «وإدريس بن يحيى لم أجد له ترجمة، ومن فوقه ثقات».

وأخرج البيهقي عن أبي بن كعب نحو أثر ابن عباس، لكنه ضعيف، وأخرج أيضًا عن ابن مسعود رضي الله عنه نحوه، لكنه منقطع؛ ابن سيرين لم يدرك ابن مسعود رضي الله عنه.

(١) أخرجه ابن ماجه ٢/ ٨١٣ـ الصدقات ـ باب القرض ـ ح ٢٤٣٢، البيهقي ٥/ ٣٥٠ ـ البيوع ـ باب كل قرض جر منفعة فهو ربا ـ من طريق عتبة بن حميد الضبي عن يحيى بن أبي إسحاق الهنائي عن أنس بن مالك.

والحديث ضعيف، لجهالة يحيى الهنائي، ومدار الحديث عليه، والراوي عنه عتبة الضبي ضعفه أحمد وغيره.

(٢) ويعضده ما ورد من آثار الصحابة كما تقدم قريبًا.

ولئلا يتخذ ذريعة إلى تأخير الدين لأخذ هدية عليه، أو أي منفعة فيكون ربا؛ لأنه يعود إليه ماله مع أخذ الفضل الذي استفاده.

. . . .

وَإِنْ أَقْرَضَهُ أَثْمَانًا فَطَالَبَهُ بِهَا بِبَلَدٍ آخَرَ لَزِمَتْهُ، وَفِيمَا لِحَمْلِهِ مَؤُنَةُ قِيمَتِه.

(**وإن أقرضه أثمانًا فطالبه بها ببلد آخر لزمته**) الأثمان[١] أي مثلها[٢] لأنه أمكنه قضاء الحق من غير ضرر فلزمه، ولأن القيمة لا تختلف فانتفى الضرر.

(و) تجب (**فيما لحمله مؤنة قيمته**) ببلد القرض[٣] [٤]؛ لأنه المكان الذي يجب التسليم فيه ولا يلزمه المثل في البلد الآخر؛ لأنه لا يلزمه حمله

---

(١) ومثل ذلك: ثمن في ذمته ونحوه.

(٢) لا عينها ما لم يكن لحملها مؤنة؛ لأنه تسليمه إليه في بلده وغيره سواء.

(٣) أي ويجب على مستقرض ما لحمله مؤنة كحديد وقطن وبر قيمته يدفعها لمقرض ببلد الطلب؛ لأنه لما تعذر المثل تعينت القيمة.

(٤) وهذا هو المذهب (الإنصاف مع الشرح ١٢/ ٣٥٥).

وتقدم في باب السلم: أن مكان القبض ليس مكان العقد، وإنما مرجعه إلى العرف.

وفي حاشية العنقري نقلاً عن عثمان ٢/ ١٥٨: «اعلم أن البدل المطلوب في غير بلد القرض إما أن يكون لحمله مؤنة أو لا، وعلى كلا التقديرين إما أن تكون قيمة البدل ببلد القرض أزيد أو أنقص، أو مساوية لقيمته ببلد الطلب فهذه ست صور يلزم بذل البدل ببلد الطلب في خمس صور منها، وهي ما إذا لم يكن لحمل البدل مؤنة بصوره الثلاث، أو كان له مؤنة تمكن قيمته ببلد نحو القرض أزيد أو مساوية، ويلزم بذل قيمة البدل ببلد الطلب في صورة واحدة، وهي ما إذا كان لحمله مؤنة، وقيمته ببلد نحو القرض أنقص، فتلزم قيمته ببلد نحو القرض حتى مع وجود المثل ببلد الطلب، ويعايا بها فيقال: لنا مثلي وجب فيه رد القيمة».

وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بِبَلَدِ القَرْضِ أَنْقَصُ.

إليه (**إن لم تكن**) قيمته (**ببلد القرض أنقص**) صوابه[١] أكثر(١)، فإن كانت القيمة ببلد القرض أكثر لزم مثل المثلي لعدم الضرر إذًا، ولا يجبر رب الدين على أخذ قرضه(٢) ببلد آخر إلا فيما لا مؤنة لحمله مع أمن البلد والطريق(٣).

وإذا قال: اقترض[٢] لي مائة ولك عشرة صح؛ لأنها في مقابلة ما بذله من جاهه، ولو قال: اضمني فيها ولك ذلك، لم يجز(٤).

* * *

---

(١) في حاشية العنقري نقلاً عن ابن فيروز ٢/ ١٥٨: «قوله: صوابه أكثر وذلك؛ لأنه لو كان كما ذكر لما كان هناك فائدة؛ لأنه يصير المعنى: أنه إذا كانت القيمة في بلد القرض أنقص لم تجب فيها، والأمر بالعكس».

(٢) في حاشية العنقري نقلاً عن ابن فيروز ٢/ ١٥٨: «وبحث الشارح في شرح المنتهى بأن ثمن المبيع والأجرة ونحوهما كذلك».

(٣) في الإنصاف مع الشرح الكبير ١٢/ ٣٥٦: «لو بذل المقترض للمقرض ما عليه من الدين في بلد آخر فلا يخلو إما أن يكون لحمله على المقرض مؤنة أو لا، فإن كان لحمله مؤنة لم يلزم المقرض أخذها، وإن لم يكن لحمله مؤنة فلا يخلو: إما أن يكون البلد والطريق آمنين أو لا، فإن كانا آمنين لزمه أخذه بلا نزاع، قلت: لو قيل بعدم اللزوم لم يكن بعيداً؛ لأنه قد يتجدد عدم الأمن، وإن كان غير آمنين لم يلزمه أخذه».

(٤) لأنه ضامن فيلزمه الدين، وإذا أداه وجب له على المضمون عنه، فصار كالقرض فإذا أخذ عوضًا صار القرض جارًا لمنفعة فلم يجز.

وفي حاشية العنقري نقلاً عن ابن فيروز ٢/ ١٥٩: «والفرق بينهما: أنه في الضمان يكون كقرض جر نفعًا، بخلاف الاقتراض له، والله أعلم».

---

[١] في/ ف بلفظ: (صوانه).

[٢] في/ ف، م بلفظ: (اقرض).

باب الرهن

باب الرهن(١)

هو لغة: الثبوت والدوام(٢)، يقال: ماء راهن، أي راكد، ونعمة راهنة، أي دائمة.

وشرعًا: توثقة دين بعين(٣) يمكن استيفاؤه منها(٤) أو من ثمنها(٥)، وهو

---

(١) أي هذا باب يذكر فيه الرهن وأحكامه، وما يتعلق به.

(٢) ويأتي بمعنى الحبس، ومنه قوله تعالى: ﴿كُلُّ امرئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ أي محبوس.

ويطلق أيضًا على العين المرهونة، وجمعه رهون.

وفي المصباح ١/ ٢٤٢: «رهن الشيء يرهن رهونًا ثبت ودام فهو راهن ويتعدى بالألف، فيقال: أرهنته إذا جعلته ثابتًا، وإذا وجدته كذلك أيضًا، ورهنته المتاع بالدين رهنًا حبسته به فهو مرهون، والأصل مرهون بالدين فحذف للعلم به، وأرهنته بالدين بالألف لغة قليلة ومنعها الأكثر».

(معجم مقاييس اللغة ٢/ ٤٥٢، والمصباح ١/ ٢٤٢).

(٣) وظاهر كلام المؤلف: عدم صحة جعل الدين رهنًا، وكذا المنافع.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير ١٢/ ٣٥٩: «فوائد: إحداها: الرهن عبارة عن توثقة دين بعين يمكن أخذه من ثمنها إن تعذر الوفاء من غيره، قال الزركشي: توثقة دين بعين أو دين على قول» وكذا المنافع.

(٤) إذا كانت من جنس الدين.

(٥) إذا لم تكن من جنس الدين.

. . . .

جائز بالإجماع(١)، ولا يصح بدون إيجاب وقبول أو ما[١] يدل عليهما[٢](٢).

---

(١) الإجماع لابن المنذر ص (١٢٢).

قال ابن قدامة في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٣٦٢: «وأجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة».

وجوازه بالكتاب قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾.

ومن السنة: حديث عائشة رضي الله عنها «أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعامًا ورهنه درعه» متفق عليه.

قال في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٣٦٢: «ويجوز الرهن في الحضر كجوازه في السفر، قال ابن المنذر: لا نعلم أحدًا خالف في ذلك إلا مجاهدًا، قال: ليس الرهن إلا في السفر؛ لأن الله تعالى شرط السفر في الرهن بقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾.

ولنا: أن النبي ﷺ «اشترى من يهودي طعامًا ورهنه درعه» وكانا بالمدينة، ولأنها وثيقة تجوز في السفر فجازت في الحضر كالضمان.

فأما ذكر السفر فإنه خرج مخرج الغالب؛ لكون الكاتب يعدم في السفر غالبًا، ولهذا لم يشترط عدم الكاتب وهو مذكور في الآية. . .

وهو غير واجب لا نعلم فيه مخالفًا؛ لأنه وثيقة بالدين فلم يجب كالضمان والكتابة، وقول الله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ إرشاد لنا لا إيجاب علينا، بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾، ولأنه أمر به عند إعواز الكتابة وهي غير واجبة فكذا بدلها» اهـ. وانظر: تفسير الطبري ٣/ ٩٢.

(٢) فينعقد بكل ما يدل على الرضا كالمعاطاة والإشارة المفهومة والكتابة، و هذا =

---

[١] في/ م، ف بلفظ: (وما يدل).

[٢] في/ س بلفظ: (عليها).

. . . .

ويعتبر معرفة قدره وجنسه وصفته(١) وكون راهن جائز التصرف(٢) مالكًا للمرهون أو مأذونًا له فيه(٣).

= هو المذهب ومذهب المالكية، كسائر العقود، ولم يزل المسلمون يتعاملون في عقودهم بالمعاطاة.

وعند الشافعية: لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول قوليين كالبيع، ولأنه عقد مالي فافتقر إليهما، ولأن الرضا أمر خفي فجعلت الصيغة دليلاً على الرضا فلم ينعقد بالمعاطاة ونحوها.

(حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٠٧، وشرح الزرقاني على الموطأ ٥/ ٣-٤، ٢٣٢، والإنصاف ٥/ ١٣٧، وكشاف القناع ٣/ ١٤٨، ٣٢٢).

والأقرب: أنه ينعقد بكل ما تعارف عليه الناس من الصيغ كما تقدم في أول كتاب البيع.

(١) لأنه عقد مالي فاشترط العلم به، وجعل وثيقة بحق ولا يحصل التوثيق بدون معرفته.

(٢) وهو البالغ العاقل الحر الرشيد غير المحجور عليه، وتقدم في أول كتاب البيع/ شروط صحة البيع.

وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لأنه عقد مالي فلم يصح إلا من أهله.

وعند الحنفية: أن الصبي المأذون له يجوز له الرهن والارتهان؛ لأن الرهن من توابع التجارة فيملكه من يملك التجارة.

وعند المالكية: أن الصبي المميز والسفيه يصح رهنهما ويكون رهنهما موقوفًا على إجازة الولي.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٣٥، وشرح الخرشي ٥/ ٢٣٦، ونهاية المحتاج ٤/ ٢٣٦، وكشاف القناع ٣/ ٣٢٢).

(٣) كما لو استعار أو استأجر شيئًا ليرهنه فيصح، ويأتي بحثه عند قول المؤلف: «ولو استعار شيئًا ليرهنه جاز. . .».

. . . .

وَيَصِحُ فِي كُلِّ عَيْنٍ يَجُوزُ بَيْعُهَا

و(**يصح**) الرهن (**في كل عين يجوز بيعها**) لأن القصد منه الاستيثاق بالدين ليتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن عند تعذره من الراهن، وهذا متحقق في كل عين يجوز بيعها[١]، . . . .

---

(١) فقوله: «عين»، أخرج المنافع والديون فلا يصح رهنها على المذهب، وتقدم في أول باب الرهن.

فالمذهب ومذهب الشافعية: أن كل ما جاز بيعه جاز رهنه؛ لما علل به المؤلف.

وعند المالكية: يجوز رهن ما فيه غرر يسير كبعير شارد، وثمر لم يبد صلاحه؛ لأن المرتهن دفع ماله وثيقة فساغ أخذه بما فيه غرر، بخلاف ما فيه غرر شديد كالجنين وزرع لم يخلق.

وعند الحنفية يشترط في المرهون ما يلي:

١ ـ أن يكون مقسومًا فلا يجوز رهن المشاع.

٢ ـ أن يكون مفرغًا عن ملك الراهن، فلا يجوز رهن مشغول بحق الراهن كدار فيها متاعه.

٣ ـ أن يكون مميزًا، فلا يجوز رهن المتصل بغيره اتصال خلقة كالثمر على الشجر؛ لأن المرهون متصل بغير المرهون خلقة فكان كالشائع.

(الهداية ٤/ ١٢٦، وحاشية الطحطحاوي ٤/ ٢٣٥، وشرح الزرقاني ٥/ ٢٣٧، وبلغة السالك ٢/ ١٠٩، ونهاية المحتاج ٤/ ٢٣٨، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٣٦٥).

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٣٦٨: «يجوز رهن ما يسرع إليه الفساد بدين حال ومؤجل؛ لأنه يمكن إيفاء الدين من ثمنه أشبه الثوب سواء كان مما يمكن تجفيفه كالعنب أو لا يمكن كالبطيخ، فإن كان مما يجفف فعلى الراهن تجفيفه لأنه من مؤنة حفظه . . . ، وإن كان مما لا يجفف فإنه يباع =

. . . .

. . . .

حتى المكاتب(١)؛ لأنه يجوز[١] بيعه ويُمكن من الكسب(٢)، وما يؤديه من النجوم[٢] رهن معه(٣)، وإن عجز ثبت الرهن [فيه][٣] وفي كسبه وإن عتق[٤] بقي ما أداه رهنًا(٤).

ولا يصح شرط منعه من التصرف(٥)، والمعلق عتقه بصفة إن كانت توجد قبل حلول[٥] الدين لم يصح رهنه وإلا صح(٦).

= ويقضي الدين من ثمنه إن كان حالاً أو يحل قبل فساده، وإن لم يحل قبل فساده فشرطا بيعه وجعل ثمنه رهنًا فعلا ذلك، وإن أطلق العقد فذكر القاضي فيه وجهين:

أحدهما: لا يصح؛ لأنه بيع الرهن قبل حلول الحق.

والثاني: يصح وهو الصحيح؛ لأن العرف يقتضي ذلك؛ لكون المالك لا يعرض ملكه للتلف. . .» اهـ.

(١) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

والقول الثاني: لا يصح رهنه إذا شرط استدامة القبض في الرهن، جزم به ابن قدامة في المقنع، وصححه في المغني (المصدر السابق).

ويأتي أن استدامة القبض ليست شرطًا في الرهن.

(٢) لأنه ملك ذلك بالكتابة وهي سابقة على الرهن.

(٣) لأنه كنمائه (كشاف القناع ٣/ ٣٢١).

(٤) كمن مات بعد كسبه (المصدر السابق).

(٥) حتى لا يعتق؛ لمخالفته لمقتضى عقد الكتابة.

(٦) في كشاف القناع ٣/ ٣٢٢: «فأما الرقيق المعلق عتقه بصفة بأن قال له سيده: =

---

[١] في/ س بلفظ: (لا يجوز).

[٢] في/ ف بلفظ: (النجم).

[٣] ساقط من/ م، ف.

[٤] في/ س بلفظ: (اعتق).

[٥] في/ م، ف بلفظ: (حول).

مَعَ الحَقِّ، وَبَعْدَهُ

ويصح الرهن (مع الحق)[1] بأن يقول: بعتك هذا بعشرة إلى شهر ترهنني بها عبدك هذا فيقول: اشتريت منك ورهنته لأن الحاجة داعية لجوازه إذاً[2]، (و) يصح (بعده) أي بعد الحق بالإجماع[3]، ولا يجوز قبله[4]؛

= إذا جاء وقت كذا فأنت حر، فإن كانت الصفة توجد قبل حلول الدين لم يصح رهنه؛ لعدم إمكان بيعه عند حلوله، وإلا بأن لم توجد قبل حلوله صح رهنه لإمكان بيعه، وإن كانت الصفة تحتمل الأمرين أي الوجوب قبل حلول الدين وبعده، كأن علق عتقه بقدوم زيد صح رهنه أيضًا كالمدبر والمريض».

(١) أي في صلب العقد.

(٢) وفي الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٣٦٤: «لأن الحاجة داعية إلى ثبوته فإنه لو لم يعقده مع ثبوت الحق ويشترطه فيه لم يتمكن من إلزام المشتري وكانت الخيرة للمشتري، والظاهر أنه لا يبذله فتفوت الوثيقة».

(٣) حكاه صاحبا المغني والشرح الكبير (المغني ٦/ ٤٤٤، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٣٦٤).

لأن الله تعالى قال: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ فجعله الله بدلاً عن الكتابة فيكون في محلها، ومحلها بعد وجوب الحق؛ ولأنه دين ثابت تدعو الحاجة إلى الوثيقة به، فجاز أخذها به كالضمان (المصدر السابق).

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لما علل به المؤلف.

وعند الحنفية والمالكية: يصح ذلك، فلو قال رهنتك ثوبي بعشرة تقرضنيها غداً وسلمه إليه ثم أقرضه الدراهم لزمه الرهن؛ لأنه وثيقة بحق فجاز عقدها قبل وجوبه.

(حاشية الطحطحاوي ٤/ ٢٤٠، وبلغة السالك ٢/ ١١٦، وروضة الطالبين ٤/ ٥٣، وكشاف القناع ٣/ ٣٢٢).

والأقرب: الصحة إذ الأصل في المعاملات الحل.

. . . .

بِدَيْنٍ ثَابِتٍ

لأنه وثيقة بحق فلم يجز قبل ثبوته، ولأنه تابع للحق فلا يسبقه.

ويعتبر أن يكون (بدين ثابت)(١) أو ماله إليه(٢) حتى على عين مضمونة(٣) كعارية ومقبوض بعقد فاسد(٤)، ونفع إجارة في ذمة(٥) لا على

---

(١) أي من شروط صحة الرهن، وتقدم بعض شروطه قريبًا عند قوله: «ويعتبر معرفة قدره وجنسه وصفته...».

(٢) أي إلى الثبوت كثمن في مدة خيار، وأجرة دار.
وهذا باتفاق الأئمة (المصادر السابقة).

(٣) فالمذهب ومذهب المالكية: يصح أخذ الرهن بالأعيان المضمونة؛ لأن المقصود من الرهن الوثيقة بالحق وهو حاصل فإن الرهن بهذه الأعيان يحمل الراهن على أدائها، فإن تعذر أداؤها استوفى بدلها من ثمن الرهن فأشبهت ما في الذمة.
وعند الحنفية: يجوز الرهن بالأعيان المضمونة بعينها كالمغصوبة وبدل الخلع والصداق وبدل الصلح عن دم؛ لأن الضمان متقرر، فإنه إن كان قائمًا وجب تسليمه، وإن كان هالكًا تجب قيمته فكان رهنًا بما هو مضمون، وأما الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع، والأمانات الشرعية كالوداع والعواري والمضاربات ومال الشركة فلا يجوز أخذ الرهن بها.
وعند الشافعية: لا يجوز أخذ الرهن بالأعيان المضمونة؛ لأن الله ذكر الرهن في المداينة فلا يثبت في غيرها (المصادر السابقة).
والأقرب: صحة أخذ الرهن بالأعيان المضمونة كالدين، وإن لم تكن مضمونة يصح أخذ الرهن في حال التعدي أو التفريط، والله أعلم.

(٤) وهو ما اختل فيه شرط من شروط البيع.

(٥) كمن استؤجر لبناء دار ونحو ذلك، فإنه إذا لم يعمله الأجير بيع الرهن، واستؤجر منه من يعمله.

....

وَيَلْزَمُ فِي حَقِّ الرَّاهِنِ فَقَط، وَيَصِحُ رَهْنُ المُشَاعِ

دين كتابة(١) أو دية على عاقلة قبل الحلول(٢) ولا بعهدة مبيع[١] (٣)، وثمن وأجرة معينين ونفع نحو دار معينة(٤).

(ويلزم) الرهن بالقبض (**في حق الراهن فقط**) لأن الحظ فيه لغيره، فلزم من جهته، كالضمان في حق الضامن، (**ويصح رهن المشاع**)(٥)؛ لأنه

---

(١) فلا يصح أخذ الرهن على المكاتب؛ لأن له أن يعجز نفسه أو يعجز.

(٢) لعدم ثبوته؛ لأن العاقلة قد تموت أو يصيبها جنون ونحو ذلك، قبل الحول فلا يلزمها شيء، وبعد الحول يصح لوجوبه إذًا (انظر: كشاف القناع ٣/ ٣٢٤).

(٣) أي تبعة مبيع؛ لأن البائع إذا وثق على عهدة المبيع، فكأنه لم يقبض الثمن ولا ارتفق به، وليس له حد ينتهي إليه فيعم ضرره بمنع البائع التصرف فيه (المصدر السابق).

(٤) في كشاف القناع ٣/ ٣٢٥: «ولا يصح أخذ الرهن بعوض غير ثابت في الذمة، كثمن معين وأجرة معينة في إجارة ومعقود عليه فيها أي الإجارة إذا كان منافع عين معينة كدار معينة، وعبد معين ودابة معينة لحمل شيء معين إلى مكان معلوم؛ لأن الذمة لم يتعلق بها في هذه الصور حق واجب ولا يؤول إلى الوجوب؛ لأن الحق في أعيان هذه الأشياء، وينفسخ عقد الإجارة عليها بتلفها» اهـ.

(٥) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية، والشافعية؛ لما علل به المؤلف، ولأنه لا ضرر على الشريك؛ لأنه يتعامل مع المرتهن كما يتعامل مع الراهن.

وعند الحنفية: لا يصح رهن المشاع؛ لعدم كونه مميزًا، وموجب الرهن الحبس الدائم ما بقي الدين، وبالمشاع يفوت الدوام؛ لأنه لابد من المهايأة، فيصير كأنه قال: رهنتك يومًا دون يوم.

(حاشية ابن عابدين ٥/ ٣١٥، وحاشية الدسوقي ٣/ ٥٠٧، وروضة الطالبين ٤/ ٣٨، وكشاف القناع ٣/ ٣٢٦).

---

[١] في/ س بلفظ: (ببيع).

وَيَجُوزُ رَهْنُ المَبِيعِ غَيْرِ المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ عَلَىٰ ثَمَنِهِ وَغَيْرِهِ

يجوز بيعه في محل الحق، ثم إن رضي الشريك والمرتهن بكونه في يد أحدهما أو غيرهما جاز[1]، وإن اختلفا جعله حاكم بيد أمين أمانة أو بأجرة[2].

(**ويجوز رهن المبيع**) قبل قبضه[3] (**غير المكيل والموزون**) والمذروع والمعدود[4] (**على ثمنه وغيره**) عند بائعه وغيره لأنه يصح بيعه بخلاف المكيل ونحوه[5]؛ لأنه لا يصح بيعه قبل قبضه فكذلك رهنه.

---

(١) لأن الحق لا يعدوهما، وفي كشاف القناع ٣/ ٣٢٦: «ثم إن كان المرهون بعضه مما لا ينقل كالعقار خلى الراهن بينه وبينه، وإن لم يحضر الشريك ولم يأذن؛ إذ ليس في التخلية بينه وبينه تعد على حصة الشريك، وإن كان مما ينقل كالثياب والبهائم فرضي الشريك والمرتهن بكونه في يد أحدهما أو غيرهما جاز».

(٢) لأن أحدهما ليس أولى به من الآخر، ولا يمكن جمعهما فيه فتعين ذلك.

(٣) لجواز بيعه على المذهب، وتقدم في كتاب البيع.

(٤) وكذا ما بيع بوصف أو رؤية متقدمة؛ لعدم جواز بيعه قبل قبضه وهذا هو المذهب.

والقول الثاني: يصح رهن المكيل ونحوه قبل قبضه حكاه القاضي وابن عقيل، واختاره شيخ الإسلام؛ لأنه قبضه مستحق، وإنما لم يجز بيعه لأنه يفضي إلى ربح ما لم يضمن.

(قواعد ابن رجب، القاعدة (٥٢)، والإنصاف مع الشرح الكبير ١٢/ ٣٧٦).

(٥) من موزون ومعدود ومزروع، وما بيع بصفة أو رؤية متقدمة.

وَمَا لاَ يَجُوزُ بَيْعُهُ لاَ يَصِحُ رهْنُهُ إِلاَّ الثَّمرَةَ وَالزرْعِ الأخْضَرِ قَبْلَ بدوِّ صلاحهما بِدُونِ شَرْطِ القَطْعِ

(**وما لا يجوز بيعه**) كالوقف وأم الولد(١) (**لا يصح رهنه**) لعدم حصول مقصود الرهن منه(٢) (**إلا الثمرة والزرع الأخضر قبل بدو صلاحهما بدون شرط القطع**)(٣).

فيصح رهنهما مع أنه لا يصح بيعهما بدونه(٤)؛ لأن النهي عن البيع لعدم الأمن من العاهة(٥) ولهذا أمر[١] بوضع الجوائح(٦)، وبتقدير تلفها لا يفوت حق المرتهن من الدين لتعلقه بذمة الراهن(٧)، ويصح رهن الجارية دون ولدها وعكسه ويباعان ويختص المرتهن بما قابل الرهن من[٢] الثمن(٨).

---

(١) وكالكلب والمجهول والعين المرهونة.

(٢) أي باستيفاء الدين من ثمنه عند التعذر.

وتقدم قريبًا خلاف أهل العلم فيما يصح رهنه، وما لا يصح رهنه.

(٣) استثناء من قوله: «وما لا يجوز بيعه...».

(٤) أي بدون شرط القطع في الحال، وتقدم بحث هذه المسألة في باب بيع الأصول والثمار.

(٥)، (٦) تقدم بحث ذلك في باب بيع الأصول والثمار.

(٧) فالغرر يقل في الرهن؛ لاختصاصه بالوثيقة.

(٨) قال في كشاف القناع ٣/ ٣٢٨: «ويصح رهن الأمة دون ولدها أو أخيها ونحوه، وعكسه أي يصح رهن ولدها ونحوه دونها، وكذا رهن الأب دون ولده، أو ولده دونه ونحوه؛ لأن النهي عن بيع ذلك إنما هو لأجل التفريق بين ذي الرحم المحرم وذلك مفقود هنا، فإنه إذا استحق بيع الرهن يباعان أي الأمة وولدها أو الأخوان ونحوهما، ويوفى الدين من ثمن المرهون منها، =

---

[١] في س/ بلفظ: (أمن).

[٢] في/ م بلفظ: (في).

وَلاَ يَلْزَمُ الرَّهْنُ إلاَّ بِالقَبْضِ

(ولا يلزم الرهن) في حق الراهن (إلا بالقبض)[1] كقبض المبيع لقوله

- والباقي من ثمن المرهون منها للراهن، وإن لم يف ثمنه بالدين فما بقي من الدين مرسل في الذمة لا رهن به، فإذا كانت الجارية هي المرهونة دون ولدها وبيعا معًا وكانت قيمتها مائة مع كونها ذات ولد وقيمة الولد خمسين فحصتها أي الجارية ثلث الثمن الذي بيعا به قطع به في المغني، وصحح في التلخيص: أنها تقوم مع ولدها وولدها معها؛ لأن التفريق محرم فيقوم كل منهما مع الآخر: قال في الرعاية الكبرى: وهو أولى» اهـ.

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول الحنفية والشافعية؛ لقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ فلو لزم عقد الرهن بدون قبض لما كان للتقييد به فائدة، ولأن النبي ﷺ أقبض اليهودي درعه. متفق عليه.

ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول فافتقر إلى القبض.

وعند المالكية: يلزم بالعقد لكنه لا يتم إلا بالقبض، ويجبر الراهن على تسليم الرهن للمرتهن، لعمومات الأمر بالوفاء بالعقود، ولأنه عقد يلزم بالقبض فلزم بالعقد قبله كالبيع.

وعن الإمام أحمد: أن القبض ليس شرطًا في المتعين فيلزم بمجرد العقد، وعلى هذا متى امتنع الراهن من تقبيضه أجبر عليه كالبيع.

(حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٠٨، والإشراف ٢/ ٢، وحاشية البناني على شرح الزرقاني ٥/ ٢٣٣، ونهاية المحتاج ٤/ ٢٥٣، والمغني ٦/ ٤٤٦، وقواعد ابن رجب، القاعدة (٤٩)).

والأقرب: أنه يلزم بالقول مطلقًا، لعمومات الأمر بالوفاء بالعقود؛ لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وقوله ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك»، وما استدل به الجمهور محمول على الغالب، أو زيادة الاستيثاق، والله أعلم.

﴿ فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾

تعالى: ﴿ فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾(١) ولا فرق بين المكيل وغيره(٢) وسواء كان القبض من المرتهن أو من اتفقا عليه، والرهن قبل القبض صحيح، وليس بلازم، فللراهن فسخه والتصرف فيه(٣)، فإن تصرف فيه بنحو بيع أو عتق بطل(٤)، وبنحو إجارة أو تدبير لا يبطل[١] لأنه لا يمنع[٢] من البيع(٥).

---

(١) سورة البقرة آية (٢٨٣).

(٢) خلافًا لقول بعض الأصحاب: في غير المكيل والموزون رواية أخرى: أنه يلزم بمجرد العقد كالبيع، وقد نص عليه أحمد في رواية الميموني (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٣٩١).

(٣) لعدم وجود شرط اللزوم وهو القبض عند الجمهور، وصفة قبضه كقبض مبيع (انظر: كشاف القناع ٣/ ٣٣١).

(٤) ونحو ذلك مما ينقل الملكية، وفي كشاف القناع ٣/ ٣٣١: «فلو تصرف فيه راهن قبل القبض بهبة أو بيع أو عتق أو جعله صداقًا أو عوضًا في خلع أو طلاق أو عتق أو جعله أجرة أو جُعلاً في جعالة ونحو ذلك مما يخرج به عن ملكه أو رهنه ثانيًا نفذ تصرفه لعدم لزوم الرهن وبطل الرهن الأول؛ لأن هذه التصرفات تمنع الرهن، فانفسخ بها سواء أقبض الراهن الهبة والبيع والرهن الثاني أم لم يقبضه» اهـ.

وهذا بناء على القول بعدم لزوم الرهن إلا بالقبض.

(٥) ونحو ذلك من التصرفات التي لا تمنع المنع البيع، ومثل ذلك الكتابة للعبد وتزويج الأمة (المصدر السابق).

---

[١] في/ س بلفظ: (لا تبطل).

[٢] في/ ف بلفظ: (لأنه يمنع).

وَاسْتِدَامَتُهُ شَرْطٌ فإن أخرجه إلىٰ الرَّاهِنِ بِاخْتِيَارِهِ زَالَ لُزومُهُ، فَإِنْ رَدَّهُ

(**واستدامته**) أي القبض (**شرط**) في اللزوم للآية وكالابتداء(١).

(**فإن أخرجه**) المرتهن (**إلى الراهن باختياره**)(٢)، ولو كان نيابة عنه(٣) (**زال لزومه**) لزوال استدامة القبض(٤) وبقي العقد كأنه لم يوجد فيه قبض[١](٥).

ولو آجره أو أعاره لمرتهن أو غيره بإذنه فلزومه باق(٦)، (**فإن رده**) أي

---

(١) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وعند الحنفية والشافعية: أنه لا يشترط استدامة القبض في الرهن، فلو استرجعه الراهن بعارية أو وديعة صح؛ لأنه عقد يعتبر القبض في ابتدائه، فلم يشترط استدامته كالهبة، وللمرتهن الحق في استرداده.

وعند المالكية: يشترط في صحة الرهن استدامة القبض، فإذا قبض المرتهن المرهون، ثم رده إلى الراهن بعارية، أو وديعة، أو إكراء... بطل الرهن؛ لأن الرهن وثيقة فكانت استدامته شرطًا فيه.

(رد المحتار ٦/ ٥١١، والأم ٣/ ١٢٤، والإشراف ٢/ ٢، وبداية المجتهد ٢/ ٢٣٠، وشرح المنتهى ٢/ ٢٣٣).

(٢) ولو كان بإجارة، أو إعارة، على المذهب.

(٣) كأن يودعه عنده (انظر: كشاف القناع ٣/ ٣٣٣، وشرح المنتهى ٢/ ٢٣٣).

(٤) التي هي شرط اللزوم، والمشروط ينتفي بانتفاء شرطه.

(٥) لكن إذا طلبه المرتهن وجب على الراهن دفعه إليه لعموم قوله تعالى: ﴿**يا أيُّها الَّذينَ آمنوا أَوْفُوا بِالعُقُودِ**﴾، ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: «**المسلمون على شروطهم**». (المصادر السابقة).

(٦) وهذا هو المذهب؛ لأن هذا التصرف لا يمنع البيع فلم يفسد القبض.

وعن الإمام أحمد: يزول لزومه، نصره القاضي واختاره أبو بكر.

(الإنصاف مع الشرح الكبير ١٢/ ٣٩٤، وكشاف القناع ٣/ ٣٣٤).

---

[١] في/ س بلفظ: (لقبض).

إِلَيْهِ عَادَ لُزومُهُ إِلَيهِ

[رد][1] الراهن الرهن (**إليه**) أي إلى المرتهن (**عاد لزومه إليه**) لأنه أقبضه باختياره فلزم كالابتداء، ولا يحتاج إلى تجديد عقد لبقائه(١)، ولو استعار شيئًا ليرهنه جاز(٢) ولربه الرجوع قبل إقباضه لا بعده(٣)، لكن له مطالبة الراهن بفكاكه مطلقًا(٤)، ومتى حل الحق ولم يقضه، فللمرتهن بيعه واستيفاء دينه منه(٥) ويرجع المعير بقيمته أو مثله(٦).

---

(١) حيث لم يطرأ عليه ما يبطله أشبه ما لم تراخى القبض عن العقد.

وفي كشاف القناع ٣/ ٣٣٣: «وإن أزيلت يده أي يد المرتهن بغير حق كالغصب والسرقة وإباق العبد وضياع المتاع ونحوه فلزومه باق؛ لأن يد المرتهن ثابتة عليه حكمًا».

(٢) في المغني ٦/ ٤٦٢: «قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئًا يرهنه على دنانير معلومة عند رجل سماه إلى وقت معلوم ففعل أن ذلك جائز».

(انظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٣٠، وشرح الزرقاني ٥/ ٢٤٠، وروضة الطالبين ٤/ ٥٠، والمغني ٦/ ٤٦٢).

وقال أيضًا: «وينبغي أن يذكر المرتهن والقدر الذي يرهنه به، وجنسه، ومدة الرهن؛ لأن الضرر يختلف بذلك فاحتيج إلى بيانه كأصل الرهن».

(٣) لأن الرهن إنما يلزم بالقبض.

(٤) قبل حلول الدين أو بعده؛ لأن العارية لا تلزم بالإعارة، ويأتي في باب العارية.

وأما المؤجر فليس له الرجوع قبل مضي الإجارة للزومها (انظر: كشاف القناع ٤/ ٣٢٣).

(٥) إذ هذا مقتضى الرهن.

(٦) أي يرجع المعير على المستعير بقيمة المعار إن كان قيميًا، ومثله إن كان مثليًا، =

---

[١] ساقط من/ س.

وَلاَ يَنْفُذُ تَصَرُّفٌ وَاحِدٌ مِنْهُمَا فِيهِ بِغَيْرِ إِذْنِ الآخَرِ

وإن تلف ضمنه الراهن وهو المستعير ولو لم[١] يفرط المرتهن(١)، (**ولا ينفذ**[٢] **تصرف واحد منهما**) أي من الراهن والمرتهن (**فيه**) أي في الرهن المقبوض (**بغير إذن الآخر**)(٢)؛ لأنه يُفوت على الآخر حقه.

فإن لم يتفقا على المنافع لم يجز الانتفاع وكانت معطلة(٣)، وإن اتفقا

= وإن لم يكن مثليًا رجع بأكثر الأمرين من قيمته أو ما بيع به. . . ».

والمنصوص: يرجع ربه بقيمته لا بما بيع به سواء زاد على القيمة أو نقص، صححه في الإنصاف، وقال: قدمه في الفروع والفائق والرعاية الصغرى (المصدر السابق).

(١) لأن العارية مضمونة على المذهب مطلقًا، إلا في بعض المسائل، ويأتي في باب العارية، وأما بالنسبة للمؤجر فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط لأنه أمانة.

(٢) أما المرتهن فلا يملك التصرف فيه بما يملك الملكية؛ لأنه أمانة في يده، وأما الراهن فتصرفه بذلك يبطل حق المرتهن من الوثيقة.

قال ابن المنذر في الإجماع ص (١٢٣): «وأجمعوا على أن الرهن ممنوع من بيع الراهن وهبته وصدقته، وإخراجه من يد من رهنه حتى يبرأ من حق المرتهن».

ويأتي تصرف المرتهن بالبيع لإيفاء الدين، وإذا أذن المرتهن للراهن فيما ينقل الملكية بطل الرهن، إلا إن شرط عليه أن يجعل ثمنه رهنًا مكانه.

(٣) فإن كانت دارًا أغلقت أو سيارة أوقفت.

والتصرف في منافع الرهن لا تخلو من أمرين:

الأول: أن تكون من قبل المرتهن.

فالمذهب ومذهب المالكية: أن المرتهن لا يملك إجارة أو إعارة العين =

---

[١] في/ س بلفظ: (ولم).

[٢] في/ م، ف بلفظ: (ينعقد).

. . . .

على الإجـارة، أو الإعـارة جـاز، ولا يمنع المرتـهن الراهن من سـقي شـجـر

= المرهونة إلا بإذن الراهـن، ولا يخـرج بذلك عن الارتهـان؛ لأن في عـدم الإجارة أو الإعارة تعطيلاً لمنافع الرهن ولا فائدة في تعطيلها؛ لأنه تضـييع للمال وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال، ولأن يد المستأجر والمستعير نائبة عن يد المرتهن في الحفظ، فجازت الإجارة والإعارة كما لو وضعاه تحت يد عدل.

لكن لابد من إذن الراهن؛ لأن المرتهن ليس مالكًا، وإنما له حق التوثقة فقط.

وعند الحنفـيـة: أن المرتهن لا يملك إجارة الرهن إلا بإذن الراهن لكن يخرج عن حال الارتهان، ولا يملك المرتهن الإعارة ولو مع الإذن؛ لقوله تعالى: ﴿ **فرهان مقبوضة** ﴾ فجعل الله القبض من صفات الرهن، فإذا آجره أو أعاره خرج عن ذلك.

ونوقش: بأن القبض ليس شرطًا للزوم الرهن كما تقدم قريبًا، وعلى هذا فالأقرب القول الأول.

(أحكام القـرآن للجـصـاص ١/ ٥٣١، وبدائع الصنائع ٦/ ١٤٧، والكافي لابن عبد البر ٢/ ٨١٦، والكافي لابن قدامة ٢/ ١٤١، والمبدع ٤/ ٢٢٢).

الثاني: أن تكون من قبل الراهن، فالمذهب ومذهب الحنفية والمالكية: أن الراهن ليس له حق التصَرف في منافع العين المرهونة بغير إذن المرتهن؛ لأن قبض الرهن شرط للزومه، وهذا يمنع أن يسترده الراهن؛ ليتصرف فيه.

ولأن الرهن وثيقة بالدين؛ ليستوفي منه الحق، وإذا لم يكن في يد المرتهن فات المقصود.

وعند الشافعية: أن الراهن يملك التصرف في منافع العين المرهونة على =

. . . .

إِلاَّ عِتْقَ الرَّاهِنِ، فَإِنَّهُ يَصِحُ مَعَ الإِثْمِ

وتلقيح(١) ومداواة وفصد وإنزاء فحل على مرهونة(٢)، بل من قطع سلعة خطرة(٣) (**إلا عتق الراهن**)[١] المرهون (**فإنه يصح مع الإثم**)(٤) لأنه مبني

= وجه لا ضرر فيه على المرتهن؛ لأنه لا يتنافى مع عقد الرهن، وهو تعين المرهون للبيع في سبيل إيفاء الدين.

(المبسوط ٢١/ ١٠٦، ومواهب الجليل ٥/ ١٢، والأم ٣/ ١٥٨، والمهذب ١/ ٤١١، والمبدع ٤/ ٢٢٢).

(١) أي لا يمنع المرتهن الراهن من سقي شجر مرهون وتلقيحه؛ لأن ذلك من مصلحة الرهن (كشاف القناع ٣/ ٣٣٥).

(٢) وكتعليم فن صناعة، ودابة السير، وغير ذلك مما فيه مصلحة الرهن (المصدر السابق).

(٣) في المصباح ١/ ٢٨٥: «السلعة: خُرَاج كهيئة الغدة تتحرك بالتحريك، قال الأطباء: هي ورم غليظ غير ملتزق باللحم يتحرك عند تحريكه وله غلاف وتقبل التزيد؛ لأنها خارجة عن اللحم». لأنه يخاف عليه من قطعها.

(٤) وهذا هو الصحيح من المذهب، وسواء كان الراهن موسرًا أو معسرًا.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير ١٢/ ٤١٢: «ويحتمل أن لا ينفذ عتق المعسر وذكره في المحرر تخريجًا وهو رواية عن أحمد. قلت: وهو قوي في النظر، وطريقة بعض الأصحاب: إن كان المعتق معسرًا استسعي العبد بقدر قيمته تجعل رهنًا.

وقيل: لا يصح عتق الموسر أيضًا، وذكره في المبهج وغيره رواية.

وقال في الفائق: وعنه: لا ينفذ عتق الموسر بغيره، اختاره شيخنا يعني به الشيخ تقي الدين».

والأقرب: عدم نفوذ عتقه مطلقًا؛ لما فيه من إسقاط حق المرتهن من الوثيقة.

---

[١] في/ ف، م بلفظ: (الراهن والمرهون).

وَتُؤْخَذُ قِيمَتُهُ، وَكسْبُهُ وَأَرْشُ الجِنَايَةِ

على السراية والتغليب(١).

(**وتؤخذ قيمته**) حال الإعتاق من الراهن؛ لأنه أبطل حق المرتهن من الوثيقة(٢)، وتكون (**رهنًا مكانه**) لأنها[١] بدل عنه وكذا لو قتله(٣)، أو أحبل الأمة بلا إذن المرتهن(٤)، أو أقر بالعتق وكذبه(٥).

(**ونماء الرهن**) المتصل والمنفصل؛ كالسمن وتعلم الصنعة والولد والثمرة والصوف، (**وكسبه**(٦) **وأرش الجناية**.................

---

(١) السراية: أنه إذا أعتق الموسر جزءاً من عبد له فيه شرك سرى إلى جميعه.
والتغليب: كما لو قال: عبدي حر ولم تكن نية له ولا تخصيص عتق كل عبد له.

(٢) أشبه ما لو أتلفه.

(٣) أي وكالعتق لو قتل المرهون في أنه يجعل قيمته رهنًا مكانه.

(٤) قال ابن المنذر في الإجماع ص (١٢٣): «وأجمعوا على أن للمرتهن منع الراهن من وطء أمته المرهونة».
وفي كشاف القناع ٣/ ٣٣٦: «وإن أولدها الراهن بأن وطئ المرهونة فأحبلها بعد لزوم الرهن وولدت ما تصير به أم ولد، وهو ما تبين فيه خلق إنسان ولو خفيًا خرجت من الرهن؛ لأنها صارت أم ولد له، وأخذت منه أي الراهن قيمتها حين أحبلها؛ لأنه وقت إتلافها فجعلت رهنًا مكانها كما لو أتلفها بغير ذلك، وإن تلفت بسبب الحمل فعليه قيمتها؛ لأنها تلفت بسبب كان منه إلا أن يكون الوطء بإذن المرتهن».

(٥) أي فيلزمه قيمته رهنًا مكانه؛ لأنه عتق بإقراره.

(٦) نماء الرهن لا يخلو من أمرين:
الأول: أن يكون متصلاً كالسمن وكبر الشجر فهذا يتبع الأصل باتفاق =

---

[١] في/ س بلفظ: (لأنه).

عَلَيْهِ مُلْحَقٌ بِهِ، وَمُؤنَتُهُ عَلَىٰ الرَّاهِنِ

عليه[١] ملحق به) أي بالرهن فيكون رهنًا معه ويباع معه لوفاء الدين إذا بيع.

(ومؤنته) أي الرهن (على الراهن)[٢] لحديث سعيد بن المسيب عن

= الأئمة.

الثاني: أن يكون منفصلاً كالولد والثمرة والصوف ونحو ذلك.

فالمذهب: أنه ملحق بالرهن فيكون رهنًا معه؛ لأنه حكم ثبت في العين بعقد المالك فيدخل فيه النماء والمنافع بأنواعها كالملك بالبيع وغيره، ولأن النماء حادث من عين الرهن فيدخل فيها كالمتصل.

وعند الحنفية: أن نماء الرهن كالولد والثمر واللبن والصوف ونحو ذلك رهن مع الأصل، بخلاف ما هو بدل عن المنفعة كالأجرة والصدقة والهبة فلا تدخل في الرهن وهي للراهن.

وعند المالكية: ما تناسل من الرهن ونتج منه كالولد يسري إليه الرهن، وما عدا ذلك من الزوائد كالصوف واللبن وثمار الأشجار وسائر الغلات فلا يسري عليها الرهن.

وعند الشافعية: أن الزيادة المنفصلة بأنواعها لا يسري عليها الرهن؛ لأن الرهن لا يزيل الملك فلم يسر عليها كالإجارة.

(حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٣٥، وبداية المجتهد ٢/ ٢٤٦، والقوانين الفقهية ص (٣١٩)، ونهاية المحتاج ٤/ ٢٨٩، والإنصاف ٢/ ٢٤٦، وكشاف القناع ٣/ ٣٣٨).

(١) لأنه بدل جزئه فكان منه كقيمته لو أتلفه.

(٢) وهذا قول جمهور أهل العلم؛ لما استدل به المؤلف.

وعند الحنفية: ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن بنفسه أو بتعيينه كعلف =

....

وَكَفَنُهُ وَأُجْرَةُ مخزنه

أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «**لا يغلق**[١] **الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه**»(١) رواه الشافعي والدارقطني، وقال: إسناد حسن[٢] متصل(٢).

(**و**) على الراهن أيضًا (**كفنه**) ومؤنة تجهيزه بالمعروف لأن ذلك تابع لمؤنته(٣)، (**و**) عليه أيضًا (**أجرة مخزنه**[٣])(٤) إن كان مخزونًا وأجرة

= الدابة وأجرة الراعي وسقي البستان فعلى الراهن، وما يحتاج إليه لحفظ المرهون كمأوى الماشية وأجرة الحفظ فعلى المرتهن؛ لأنه حبس المرهون له. (المصادر السابقة).

والأقرب: قول جمهور أهل العلم؛ لحديث أبي سعيد رضي الله عنه.

(١) أي لا يستحقه بالدين الذي هو مرهون به - إذا عجز صاحبه عن فكه - وقيل: هو أن يرهن الرجل متاعًا ويقول: إن لم أوفك في وقت كذا فالرهن لك بالدين فنهى عنه. (انظر: المصباح ٢/ ٤٥١).

وقوله: «له غنمه» أي زيادته، «وعليه غرمه» أي نفقته وهلاكه.

ويأتي قريبًا إن شاء الله تفسير علق الرهن: «أو شرط إن جاءه بحقه في وقت كذا، وإلا فالرهن له...».

(٢) تقدم تخريجه ص ١١٤.

(٣) كسائر العبيد والإماء والأحرار؛ لحديث أبي سعيد المتقدم.

(٤) وهذا قول جمهور أهل العلم؛ لأنه نوع إنفاق فكان على الراهن كالطعام، ولأن الرهن ملك الراهن فكان عليه مسكنه وحافظه كغير الرهن.

وعند الحنفية: على المرتهن؛ لأنه حبس المرهون له. (المصادر السابقة).

---

[١] في/ م، ف، س بلفظ: (يعلق).

[٢] في/ س بلفظ: (إسناد صحيح حسن).

[٣] في/ س بلفظ: (مخزونه).

وَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَإِنْ تَلَفَ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ مِنْهُ

حفظه(١) **(وهو أمانة في يد المرتهن)**(٢) للخبر السابق، ولو قبل عقد الرهن كبعد[١] الوفاء(٣) **(إن تلف من غير تعد)** ولا تفريط(٤) **(منه)** أي من

---

(١) وكذا مداواته وسقيه وجذاذه ورعي ماشيته وتأبير نخل وأجرة من يرده إذا أبق على راهن. (كشاف القناع ٣/ ٣٢١).

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لما استدل به المؤلف من حديث أبي سعيد المتقدم، ولأنه لو ضمن المرتهن لامتنع الناس من فعله خوفًا من الضمان ولتعطلت كثير من المداينات.

وعند الحنفية: أن يد المرتهن يد ضمان فيضمن إن هلك بيده الأقل من قيمته ومن الدين؛ لما روى عطاء بن أبي رباح «أنه حدث أن رجلاً رهن فرسًا فنفقت في يده، فقال رسول الله ﷺ للمرتهن: **«ذهب حقك»** رواه أبو داود في المراسيل، وفيه أيضًا مصعب بن ثابت بن عبد الله، ضعفه ابن القطان. (نصب الراية ٤/ ٣٢١).

وعند المالكية: ما يمكن إخفاؤه كالحلي والعروض تضمن إن لم يكن الرهن عند أمين أو لم يقم بينة على هلاكه بلا تفريط منه، وما لا يمكن إخفاؤه لا يضمن إلا بالتفريط.

(حاشية الطحطحاوي ٤/ ٢٣٥، وبداية المجتهد ٢/ ٢٤٧، وحاشية الدسوقي ٣/ ٢٥٣، ونهاية المحتاج ٤/ ١٨١، والإنصاف ٥/ ١٥٥).

والأقرب: قول الشافعية والحنابلة؛ لما استدلوا به، ولأن المرتهن قبض العين بإذن المالك.

(٣) أي الرهن أمانة في يد المرتهن ولو قبل عقد الرهن، بأن دفع له العين ليرهنها بعد فتلفت كبعد وفاء الدين أو الإبراء منه. (كشاف القناع ٣/ ٣٤١).

(٤) فالتعدي: فعل ما لا يجوز، والتفريط: ترك ما يجب.

---

[١] في/ ف، س بلفظ: (كعبد).

فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ وَلاَ يَسْقُطُ بِهَلاكِهِ شَيْءٌ مِنْ دَيْنِهِ

المرتهن (فلا شيء عليه) قاله علي رضي الله عنه(١)؛ لأنه أمانة في يده كالوديعة(٢) فإن تعدى أو فرط ضمن(٣).

(ولا يسقط[١] بهلاكه) [أي][٢] الرهن (شيء من دينه)(٤) لأنه كان ثابتًا في ذمة الراهن قبل التلف ولم يوجد ما يسقطه فبقي بحاله(٥)، وكما لو

---

(١) أخرج الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ١٠٣ ـ الرهن ـ باب الرهن يهلك في يد المرتهن كيف حكمه؟ ـ من طريق الحسن البصري وخلاس بن عمرو أن عليًا قال في الرهن: «يترادان الزيادة والنقصان جميعًا فإن أصابته جائحة برئ».

وأخرجه ابن حزم في المحلى ٨/ ٩٧ ثم عقب عليه بقوله: «فصح أن علي بن أبي طالب لم ير تراد الفضل إلا فيما تلف بجناية المرتهن لا فيما أصابته جائحة، بل رأى البراءة له مما أصابته جائحة».

(٢) كما لا تضمن الوديعة إذا تلفت من غير تعد ولا تفريط (كشاف القناع ٣/ ٣٤١).

(٣) لزوال ائتمانه فلزمه الضمان حينئذ لتعديه أو تفريطه كالوديعة والرهن باق بحاله؛ لأنه يجمع أمانة واستيثاقًا فإذا زال أحدهما بقي الآخر. (المصدر السابق).

(٤) أي إن لم يتعد ولم يفرط.

(٥) ولا يلزم الراهن أن يرهن مكانه رهنًا آخر؛ لأنه غير واجب من أصله.

---

[١] في/ س بلفظ: (سقط).

[٢] ساقط من / م، ف.

وإِنْ تَلَفَ بَعْضُهُ فَبَاقِيهِ رَهْنٌ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ وَلاَ يَنْفَكُّ بَعْضُهُ مَعَ بَقَاءِ بَعْضِ الدَّيْنِ

دفع إليه عبدًا ليبيعه ويستوفي حقه من ثمنه(١).

(**وإن تلف بعضه**) أي الرهن (**فباقيه رهن بجميع الدين**)؛ لأن الدين كله[١] متعلق بجميع أجزاء الرهن(٢) (**ولا ينفك بعضه مع بقاء بعض الدين**) لما سبق(٣)، سواء كان مما تمكن[٢] قسمته أو لا[٣](٤).

---

(١) في كشاف القناع ٣/ ٣٤١: «كدفع عبد أو نحوه لرب دين يبيعه ويأخذ حقه من ثمنه، وكحبس عين مؤجرة تعجل ربها أجرتها ثم انفسخ العقد بعد الفسخ على الأجرة، ويتلفان أي العبد المدفوع لمن يبيعه ويأخذ حقه من ثمنه والعين المؤجرة المحبوسة على أجرتها بعد الفسخ فلا يسقط الدين ولا الأجرة بتلفها لعدم تعلقه بهما».

(٢) لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، ولأن الباقي بعض الجملة، وقد كان الجميع رهنًا فيكون البعض رهنًا لأنه من الجملة.

ولو كان الرهن عينين فتلفت إحداهما فالدين متعلق بالأخرى.

(٣) آنفًا من أن الدين كله متعلق بجميع أجزاء الرهن، فيكون محبوسًا بكل الحق وبكل جزء منه لا ينفك منه شيء حتى يقضيه جميعه (المغني ٦/ ٤٨١).

وفي المغني ٦/ ٤٨١: «قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من رهن شيئًا بمال فأدى بعض المال وأراد إخراج بعض الرهن أن ذلك ليس له ولا يخرج شيء حتى يوفيه آخر حقه أو يبرئه من ذلك، كذلك قال مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي؛ لأن الرهن وثيقة بحق فلا يزول إلا بزوال جميعه كالضمان والشهادة».

وانظر: الإجماع لابن المنذر ص (١٢٤).

(٤) وكذا لو قضى أحد الوارثين حصته من دين مورثه، فلا يملك أخذ حصته من الرهن. (كشاف القناع ٣/ ٣٤٢).

---

[١] في/ س بلفظ: (كل).

[٢] في/ س بلفظ: (يمكن).

[٣] في/ ف بلفظ: (أو لا يقبل).

وَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِيهِ دُونَ دينه

ويقبل قول المرتهن في التلف(١)، وإن ادعاه[١] بحادث ظاهر(٢) كلف ببينة بالحادث[٢](٣)، وقبل قوله في التلف وعدم التفريط ونحوه(٤).

(**وتجوز الزيادة فيه**) أي في الرهن بأن رهنه عبداً بمائة ثم رهنه عليها ثوبًا لأنه زيادة استيثاق(٥) (**دون**) الزيادة في (**دينه**)(٦) فإذا رهنه عبداً بمائة لم يصح جعله رهنًا بخمسين مع المائة، ولو كان يساوي ذلك لأن الرهن اشتغل بالمائة الأولى والمشغول[٣] لا يشغل(٧).

---

(١) بيمينه إن أطلق أو ذكر سببًا خفيًا كسرقته ويبرأ لأنه أمين، وإن لم يحلف قضى عليه بالنكول. (كشاف القناع ٣/ ٣٤٢).

(٢) كنهب وحريق.

(٣) الظاهر؛ لعدم خفائه.

(٤) كعدم التعدي.

(٥) قال ابن المنذر في الإجماع ص (١٢٢): «وأجمعوا على أن للراهن أن يزيد المرتهن رهنًا مع رهنه أو رهونًا».
وكذا نقل ابن القيم جواز الزيادة في الرهن اتفاقًا. (الفروسية ص٨٠).

(٦) في حاشية العنقري ٢/ ١٦٩: «وتجوز الزيادة فيه . . . إلخ، واختار الشيخ تقي الدين: جواز الزيادة في دينه، وعليه العمل، وهو قول مالك والشافعي، خط شيخنا عبد الله أبا بطين رحمه الله تعالى».
وحكى ابن القيم الخلاف في الزيادة في دين الرهن، ورجح الجواز (الفروسية ص ٨٠-٨١).

(٧) أي فالمرهون لا يرهن، فلا يجعل مرهونًا بالدينين جميعًا.

---

[١] في/ س بلفظ: (أعاده).

[٢] في/ ف بلفظ: (بالحادثة).

[٣] في/ س بلفظ: (المشغول) بدون الواو.

وَإِنْ رَهَنَ عِنْدَ اثْنَينِ شَيْئًا فَوَفَىٰ أَحَدَهُمَا، أَوْ رَهَنَاهُ شَيْئًا فَاسْتَوفَىٰ مِنْ أَحَدِهِمَا انْفَكَّ فِي نَصِيبِهِ

(**وإن رهن**) واحد (**عند اثنين شيئًا**) على دين مهما(١) (**فوفى أحدهما**) انفك في نصيبه؛ لأن عقد الواحد مع اثنين بمنزلة عقدين، فكأنه رهن كل واحد منهما النصف منفردًا(٢)، ثم إن طلب المقاسمة أجيب[١] إليها إن كان الرهن مكيلاً أو موزونًا(٣).

(**أو رهناه شيئًا**(٤) **فاستوفى من أحدهما انفك** [في][٢] **نصيبه**)؛ لأن الراهن متعدد(٥)، فلو رهن اثنان عبدًا لهما عند اثنين [بألف][٣] فهذه أربعة عقود(٦) [٤] ويصير كل ربع منه رهنًا بمائتين وخمسين(٧)، ومتى قضى بعض

---

(١) في عقد واحد صح الرهن، وصار نصفه رهنًا عند كل واحد منهما بدينه.
(٢) أي بعقد دون الآخر، فيعطي من رهن عند اثنين بعقد واحد حكمه.
(٣) في كشاف القناع ٣/ ٣٤٢: «وإلا بأن كان مما تنقصه القسمة فلا يجيبه المرتهن، لما عليه الضرر، ويقر في يد المرتهن بعضه رهن وبعضه وديعة حتى يوفي دينه دفعًا للضرر».
(٤) أي أو رهن اثنان واحدًا شيئًا بما يصح رهنه.
(٥) فتعلق على كل منهما بنصيبه كتعدد العقد (كشاف القناع ٣/ ٣٤٢).
(٦) وذلك كأن يرهن زيد وعمرو عبدًا مثلاً بألف عند بكر وخالد، فيكون زيد قد عقد عقدين لكونه رهن عند بكر وخالد، وعمرو كذلك فهذه أربعة عقود (حاشية ابن قاسم ٥/ ٧٥).
(٧) في كشاف القناع ٣/ ٣٤٢: «فمتى قضى في شيء انفك من الرهن بقدر ذلك ذكره القاضي».

---

[١] في/ م بلفظ: (أجيبت).
[٢] ساقط من/ م، ف.
[٣] ساقط من/ س.
[٤] ساقط من/ س.

وَمَتَىٰ حَلَّ الدَّيْنُ، وَفِي بَيْعِهِ بَاعَهُ

دينه[١]] أو أبرئ منه وببعضه رهن أو كفيل فعما نواه(١)، فإن أطلق صرفه إلى أيهما شاء(٢).

(**ومتى حل الدين**) لزم الراهن الإيفاء كالدين الذي لا رهن به[٢](٣)، (و) إن (**امتنع من وفائه فإن كان الراهن أذن للمرتهن**(٤) **أو العدل**) الذي تحت يده الرهن (**في بيعه باعه**)(٥) لأنه مأذون له فيه، فلا يحتاج لتجديد

---

(١) في كشاف القناع ٣/ ٣٤١: «لأن التعيين في ذلك له فينصرف إلى ما عينه ممن عليه مائتان بأحدهما رهن أو كفيل فوفى منهما مائة، أو أبرئ منها، فإن نوى القاضي أو المبرئ المائة بها الرهن أو الكفيل وقع عنها وانفك الرهن وبرئ الكفيل، وإن نوى الآخر وقع عنها والرهن أو الكفيل بحاله والقول قوله أي القاضي، أو المبرئ في النية واللفظ؛ لأنه أدرى بما صدر منه».

(٢) في كشاف القناع ٣/ ٣٤٢: «فإن أطلق ولم يعين إحدى المائتين بلفظه ولا نيته حال القضاء أو الإبراء صرفه بعد ذلك إلى أيهما شاء؛ لأن له ذلك في الابتداء فكان له بعده كما لو كان له مالان حاضر وغائب فأدى قدر زكاة أحدهما كان له صرفه إلى أيهما شاء».

(٣) على الفور؛ لقوله تعالى: ﴿**فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ**﴾، ولقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾.

(٤) أي في بيع الرهن، ولم يرجع عن إذنه باعه ووفى الدين؛ لأنه وكيل ربه.

(٥) لأن هذا هو المقصود من الرهن وقد باعه بإذن صاحبه في قضاء دينه فصح البيع كما في غير الرهن (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٤٤٥).

---

[١] ساقط من / ش.

[٢] في/ س بلفظ: (له).

وَوَفاءُ الدَّيْنِ وَإِلاَّ أَجْبَرَهُ الحَاكِمُ عَلَىٰ وَفَائِهِ، أَوْ بَيْعَ الرَّهْنِ،

إذن من الراهن[١](١)، وإن كان البائع العدل اعتبر إذن المرتهن(٢) أيضًا **(ووفاء الدين)** لأنه المقصود بالبيع(٣)، وإن فضل من[٢] ثمنه شيء فلمالكه(٤)، وإن بقي [منه][٣] شيء فعلى الراهن(٥) **(وإلا)** يأذن في البيع ولم يوف **(أجبره الحاكم على وفائه أو بيع الرهن)**؛ لأن هذا شأن الحاكم،

---

(١) إذ الأصل بقاء الإذن (كشاف القناع ٣/ ٣٤٣).

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٤٦٢: «فإن عزل الراهن العدل أو المرتهن عن البيع صح ولم يملك البيع، وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة ومالك: لا ينعزل؛ لأن وكالته صارت من حقوق الرهن، فلم يكن للراهن إسقاطه كسائر حقوقه.

قال ابن أبي موسى: ويتوجه لنا مثل ذلك فإن أحمد منع الحيلة، وهذا يفتح باب الحيلة للراهن، فإنه يشترط ذلك للمرتهن؛ ليجيبه إليه، ثم يعزله».

وقال ابن رجب في القاعدة (٦٠): «ويتخرج وجه ثالث بالفرق بين أن يوجد حاكم يأمر بالبيع أو لا».

(٢) لأن الحق له فلم يجز حتى يأذن في البيع، وإن باع العدل الرهن ثم ظهر المبيع مستحقًا رجع المشتري على الراهن إن أعلمه العدل لأنه وكيل، وإلا على الوكيل (حاشية ابن قاسم ٥/ ٧٧).

(٣) ويحرم مطله.

(٤) لأنه ماله، وإنما البيع لوفاء دينه.

(٥) يؤديه إلى المرتهن كسائر الديون المرسلة.

---

[١] في/ س بلفظ: (الرهن).

[٢] في/ ط بلفظ: (عن).

[٣] ساقط من / س.

فَإِنْ لَمْ يَفْعلْ بَاعَهُ الحَاكِمُ وَوَفَّىٰ دَينَهُ.

فإن امتنع حبسه أو عزره حتى يفعل(١)، (**فإن لم يفعل**) أي أصر على الامتناع أو كان غائبًا أو تغيب (**باعه الحاكم ووفى دينه**)(٢)؛ لأنه حق تعين[١] عليه، فقام الحاكم مقامه فيه، وليس للمرتهن بيعه إلا بإذن ربه أو

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية.

وعند الحنفية: للمرتهن مطالبة الراهن بدينه، وأن يطالبه بحبسه لدينه؛ لأن حقه باق بعد الرهن، والرهن لزيادة التوثيق والصيانة فلا تمنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم وحبسه القاضي إن ظهر مطله، ولا يبيع القاضي المرهون؛ لأنه نوع حجر، وفي الحجر إهدار أهليته فلا يجوز، ولكنه يديم الحبس عليه حتى يبيعه دفعًا للظلم.

وعند المالكية: لا يضرب ولا يحبس، ولا يهدد بهما، بل يقتصر الحاكم على بيع المرهون وأداء الدين من ثمنه.

(حاشية ابن عابدين ٥/ ٩٥ ـ ٣١٠، وشرح الزرقاني ٥/ ١٥٣، ونهاية المحتاج ٤/ ٢٧٤، وكشاف القناع ٣/ ٣٤٢).

(٢) لتعيينه طريقًا لأداء الواجب.

وقال شيخ الإسلام كما في مجموع الفتاوى ٢٩/ ٥٣٨: «إذا كان أذن له في بيعه جاز، وإلا باع الحاكم إن أمكن ووفاه حقه منه، ومن العلماء من يقول: إذا تعذر ذلك دفعه إلى ثقة يبيعه، ويحتاط بالإشهاد على ذلك، ويستوفي حقه منه».

وفي الاختيارات ص (١٣٤): «وإذا لم يكن للمديون وفاء غير الرهن وجب على رب الدين إمهاله حتى يبيعه، فمتى لم يمكن بيعه إلا بخروجه من الحبس، أو كان في بيعه وهو في الحبس ضرر عليه وجب إخراجه ويضمن عليه، أو يمشي معه هو أو وكيله».

---

[١] في/ س بلفظ: (يتعين).

. . . .

الحاكم[1].

* * *

(١) وهذا باتفاق الفقهاء أن المرتهن لا يملك بيع الرهن للاستيفاء عند حلول الأجل إلا بإذن الراهن؛ لأن الثابت للمرتهن هو ملك الحبس، وأما ملك العين فهو باق في ملكية الراهن، والبيع تمليك فلا يملكه المرتهن من غير إذن الراهن.

(بدائع الصنائع ٦/ ١٤٦، والمدونة ٥/ ٣٠٤، والتفريع ٢/ ٢٦٥، والأم ٣/ ١٧٢، والمحرر ١/ ٣٣٧).

* * *

. . . .

فصل

وَيَكُونُ عِنْدَ مَنْ اتفَقَا عَلَيْهِ

فصل(١)

(**ويكون**) الرهن (**عند من اتفقا عليه**)(٢)، فإذا[١] اتفقا أن يكون تحت [يد][٢] جائز التصرف صح(٣) وقام قبضه مقام قبض المرتهن، ولا يجوز

---

(١) فيمن يكون الرهن عنده.

(٢) لأن الحق لا يعدوهما.

(٣) جمهور أهل العلم: صحة وضع الرهن تحت يد عدل؛ لقوله تعالى: ﴿**وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ**﴾، وهذا يشمل قبض المرتهن وقبض العدل، ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: «**المسلمون على شروطهم**» واتفاق الراهن والمرتهن على وضعه في يد عدل اشتراط فيما بينهم، ولجواز النيابة في الحقوق، ولأن قبض العدل برضا المرتهن فيكون قبضًا له.

وعند ابن حزم: لا يصح وضع الرهن في يد عدل؛ لقوله تعالى: ﴿**فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ**﴾.

والنبي ﷺ أقبض الدرع من له دين.

ونوقش: بأن فعل النبي ﷺ إنما هو جار على الأصل وهو أن الرهن يكون مقبوضًا عند المرتهن، ولا دلالة في ذلك على عدم جواز وضعه عند غير المرتهن، وعلى هذا فالراجح قول جمهور أهل العلم.

(الهداية ٤/ ١٤١، والإشراف ٢/ ٥، وحلية العلماء ٤/ ٤١٣، ومغني المحتاج ٢/ ١٣٣، والمبدع ٤/ ٢٣٠، والمحلى ٨/ ٨٨). =

---

[١] في/ س، م، ف بلفظ: (فإن).

[٢] ساقط من/ ف.

. . . .

تحت يد صبي أو عبد بغير إذن سيده[١]، أو مكاتب بغير جعل إلا بإذن سيده[٢]، وإن شرط جعله بيد اثنين لم ينفرد أحدهما بحفظه[٣].

وليس للراهن ولا للمرتهن - إذا لم يتفقا - ولا للحاكم نقله عن يد العدل

= وتقدم جائز التصرفات في أول كتاب البيع.

وسواء كان مسلمًا أو كافرًا، عدلاً أو فاسقًا، ذكرًا أو أنثى؛ لأنه جاز توكيله في غير الرهن فجاز توكيله فيه (المغني ٦/ ٤٧١).

(١) في كشاف القناع ٣/ ٣٤٣: «فإن فعلا أي جعلاه تحت يد صبي أو نحوه فقبضه وعدمه سواء لا أثر له، ولا عبدًا بغير إذن سيده؛ لأن منافعه لسيده فلا يجوز تضييعها في الحفظ من غير إذنه».

(٢) لأنه ليس له التبرع بمنافعه، وإن كان بجعل جاز؛ لأن له الكسب بغير إذن سيده (المصدر السابق).

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لأن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظ العدل أو العدول فلم يجز لأحدهما الانفراد بالتصرف كالأوصياء.

وعند أبي حنيفة: إن كان الرهن مما يقسم لا يملك الانفراد بالحفظ؛ لعدم مشقة حفظه وذلك بتقسيمه وجعل كل قسم عند واحد.

وإن كان مما لا يقسم فله الانفراد بالتصرف للمشقة في اجتماع العدول على حفظه في جميع الأوقات.

وعند أبي يوسف ومحمد بن الحسن: أن له الانفراد بالتصرف مطلقًا؛ للمشقة.

(الفتاوى الهندية ٥/ ٤٤٤، والمهذب ١/ ٣١٧، وحلية العلماء ٤/ ٤٢٩، وغاية المنتهى ٢/ ٩٣).

. . . .

وَإِنْ أَذِنَا لَهُ فِي البَيْعِ لَمْ يَبِعْ إِلاَّ بِنَقْدِ البَلَدِ

إلا أن تتغير حاله(١)، وللوكيل[١] رده عليهما لا على أحدهما(٢).

(**وإن**[٢] **أذنا له في البيع**)(٣) أي بيع الرهن (**لم يبع إلا بنقد البلد**) لأن الحظ فيه لرواجه(٤).

---

(١) في كشاف القناع ٣/ ٣٤٥: «فإن تغير حال العدل بفسق أو ضعف أو حدثت عداوة بينه وبينهما، أو بينه وبين أحدهما فلمن طلب نقله عن يده - له - ذلك لدعاء الحاجة إليه ويضعانه في يد من اتفقا عليه، فإن اختلفا فيمن يضعانه عنده وضعه الحاكم عند عدل قطعًا للنزاع، وإن اختلفا في تغير حاله - أي العدل - بحث الحاكم عن حاله وعمل بما ظهر له؛ لأنه محل اجتهاد، وهكذا لو كان الرهن في يد المرتهن فتغيرت حاله في الثقة والحفظ فللراهن رفعه عن يده إلى الحاكم ليضعه في يد عدل لدعاء الحاجة إلى ذلك».

(٢) لأنه أمين متطوع بالحفظ فلم يلزمه المقام عليه، فإن امتنعا أجبرهما الحاكم، فإن امتنعا ولم يجد حاكمًا فتركه عند عدل لم يضمن.

(٣) باتفاق الفقهاء أن العدل لا يملك بيع الرهن للوفاء إلا بإذن الراهن سواء كان هذا الإذن عند العقد أو بعده (المصادر السابقة).

لأن الراهن إذا أذن للعدل في بيع الرهن صار وكيلاً في بيعه فيملك البيع.

(٤) إن عين للعدل نقدًا معينًا وجب عليه البيع به؛ لأنه وكيل في البيع والوكيل يتقيد بما قيده به الموكل.

فإن لم يعين للعدل نقد فالمذهب: يلزمه البيع بنقد البلد، فإن تعدد باع بالغالب فإن تساوت باع بجنس الدين فإن لم يكن جنس الدين باع بما يراه أصلح، فإن تردد عينه الحاكم؛ لأن هذا هو الأحظ للمتعاقدين.

وصوب المرداوي: أنه مع التساوي يبيع بما يراه أصلح.

---

[١] في/ ف بلفظ: (ولا للوكيل).

[٢] في/ س بلفظ: (وإلى).

. . . .

فإن تعدد باع بجنس الدين(١)، فإن عدم فبما ظنه أصلح(٢)، فإن تساوت، عينه[١] حاكم(٣)، وإن عينا نقدًا تعين ولم تجز مخالفتهما[٢](٤)، فإن اختلفا لم يقبل قول واحد منهما ويرفع الأمر للحاكم ويأمر ببيعه بنقد البلد(٥)، سواء كان من جنس الحق، أو لم يكن، وافق قول أحدهما

= وعند الشافعية: يبيع بنقد البلد، فإن تعدد فبما هو أنفع للراهن، فإن تساوت فبما هو من جنس الدين، فإن لم يكن فبما شاء؛ لأن البيع بما هو أنفع للراهن عند التعدد لا يضر المرتهن.

وعند أبي حنيفة: يملك البيع بأي ثمن كان، ومن أي جنس كان؛ لأن الإذن بالبيع مطلقًا فيشمل البيع بأي ثمن.

ونوقش: بأن هذا الإطلاق مقيد بالعرف، وهو نقد البلد.

(بدائع الصنائع ٦/ ١٤٩، والمهذب ١/ ٤٢٦، وروضة الطالبين ٤/ ٩١، والمغني ٦/ ٤٧٥، والفروع ٤/ ٢٢٦، والمبدع ٤/ ٢٣٢، والإنصاف ٥/ ١٦٣).

(٤) أي نفاقه، وحكمه في البيع حكم الوكيل في وجوب الاحتياط والمنع من البيع بدون ثمن المثل، أو نساء كما يأتي في الوكالة (المغني ٦/ ٤٧٥).

(١) لأنه أقرب إلى وفاء الحق.

(٢) لأن الغرض تحصيل الحظ.

(٣) لأنه محل اجتهاد وهو أعرف بالأحظ.

(٤) لأنه وكيل، والحق لهما.

(٥) وهذا هو المذهب؛ لأن لكل واحد منهما فيه حقًا للراهن ملك الثمن، وللمرتهن حق الوثيقة واستيفاء حقه.

وقال ابن قدامة: «والأولى أن يبيعه بما يرى الحظ فيه».

(المغني ٦/ ٤٧٥، والمبدع ٤/ ٢٣٢، والإنصاف ٥/ ١٦٣).

---

[١] في/ س بلفظ: (عنه).

[٢] في/ س بلفظ: (مخالفتها).

وَإِنْ قَبَضَ الثَّمَنَ فَتَلَفَ فِي يَدِهِ فَمِنْ ضَمَانِ الرَّاهِنِ، وَإِنْ ادَّعَىٰ دَفْعَ الثَّمَنِ إِلَىٰ المُرْتَهِنِ فَأَنْكَرَهُ وَلا بَيْنَة وَلَمْ يَكُنْ بِحُضُورِ الرَّاهِنِ ضَمِنَ.

أو لا(١).

(**وإن**) باع بإذنهما و(**قبض الثمن فتلف في يده**) من غير تفريط (**فمن ضمان الراهن**)؛ لأن الثمن في يد العدل أمانة فهو كالوكيل(٢).

(**وإن ادعى**) العدل (**دفع الثمن إلى المرتهن فأنكره ولا بينة**) للعدل بدفعه للمرتهن (**ولم يكن**) الدفع (**بحضور الراهن ضمن**) العدل؛ لأنه فرط حيث لم يشهد[١](٣)، ولأنه إنما أذن له في قضاء مبرئ ولم يحصل

---

(١) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٤٥٦: «إذا خرج المبيع مستحقًا فالعهدة على الراهن دون العدل إذا أعلم المشتري أنه وكيل وهكذا كل وكيل باع مال غيره... ولا شيء على العدل.

فإن قيل: لم لا يرجع المشتري على العدل لأنه قبض الثمن بغير حق؟

قلنا: لأنه سلمه إليه على أنه أمين في قبضه يسلمه إلى المرتهن فلذلك لم يجب الضمان عليه، وأما المرتهن فقد بان له أن عقد الرهن كان فاسدًا، فإن كان مشروطًا في بيع ثبت له الخيار فيه وإلا سقط حقه... فإن كان المشتري رده بعيب لم يرجع على المرتهن؛ لأنه قبض الثمن بحق ولا على العدل لأنه أمين ويرجع على الراهن.

فأما إن كان العدل حين باعه لم يعلم المشتري أنه وكيل كان للمشتري الرجوع عليه ويرجع على الراهن إن أقر بذلك أو قامت به بينة، وإن أنكر ذلك، فالقول قول العدل مع يمينه...» اهـ.

(٢) والأمين لا يضمن ما لم يتعد أو يفرط.

(٣) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

---

[١] في/ ف بزيادة لفظ: (به).

كَوَكِيلٍ

فيرجع المرتهن على راهنه(١)، ثم هو على العدل(٢)، وإن كان القضاء ببينة لم يضمن لعدم تفريطه سواء كانت البينة قائمة أو معدومة(٣)، كما لو كان بحضرة الراهن؛ لأنه لا يعد مفرطًا (**كوكيل**) في قضاء الدين، فحكمه العدل فيما تقدم(٤)؛ لأنه [في][1] معناه.

= وقيل: يصدق العدل مع يمينه على راهنه ولا يصدق على المرتهن وهذا مذهب الشافعي، اختاره القاضي؛ لأن العدل وكيل الراهن في دفع الثمن إلى المرتهن، وليس بوكيل للمرتهن في ذلك، إنما هو وكيله في الحفظ فقط، فلم يقبل قوله عليه فيما ليس بوكيل له فيه.

وقيل: يقبل قوله على المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه، ولا يقبل في نفي الضمان عن غيره، ذكره الشريف أبو جعفر، وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأنه أمين فقبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه كالمودع يدعي رد العارية.

(الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٤٥٨، ٤٥٩).

(١) بعد اليمين.

(٢) لتفريط العدل، وللمرتهن الرجوع على أيهما شاء بعد حلفه، وإن رجع على العدل لم يرجع العدل على أحد؛ لأنه يقر ببراءة ذمة الراهن، ويدعي أن المرتهن ظلمه (كشاف القناع ٣/ ٣٤٨).

(٣) أي سواء كانت البينة حاضرة أو غائبة، حية أو ميتة، إن صدقه الراهن في ذلك، فإن لم يصدقه فقوله؛ لأن الأصل عدم ذلك.

(٤) من رجوع المرتهن على الراهن والراهن على العدل، فكذلك يرجع صاحب الدين على الموكل والموكل على الوكيل إذا لم يقض الدين بحضوره أو بحضور البينة.

---

[1] ساقط من/ ف.

وَإِنْ شَرَطَ أَنْ لاَ يَبِيعَهُ إِذَا حَلَّ الدَّيْن، أَوْ إِنْ جَاءَهُ بِحَقِّهِ فِي وَقْتِ كَذَا، وَإِلاَّ

(**وإن شرط أن لا يبيعه**)(١) المرتهن (**إذا حل الدين**) ففاسد؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد(٢) كشرطه أن لا يستوفي الدين من [ثمنه][١] أو لا يباع ما خيف تلفه(٣)، (أو) شرط (**إن جاءه**[٢] **بحقه في وقت كذا وإلا**

---

(١) قال ابن قدامة في المغني ٦/ ٥٠٥: «الشروط في الرهن قسمان: صحيح، وفاسد، فالصحيح مثل: أن يشترط كونه على يدي عدل أو عدلين أو أكثر، أو أن يبيعه العدل عند حلول الحق ولا نعلم في صحته خلافًا..

القسم الثاني: الشروط الفاسدة، وهو أن يشترط ما ينافي مقتضى الرهن نحو أن لا يباع الرهن عند حلول الحق، أو أن لا يستوفي الدين من ثمنه، أو ألا يباع ما خيف تلفه، أو بيع الرهن بأي ثمن كان، أو أن لا يبيعه إلا بما يرضيه، فهذه شروط فاسدة لمنافاتها مقتضى العقد، فإن المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود، وكذلك إن شرطا الخيار للراهن، أو أن لا يكون العقد لازمًا في حقه، أو توقيت الرهن... فهذه كلها فاسدة؛ لأن منها ما ينافي مقتضى العقد، ومنها ما لا يقتضيه العقد ولا هو من مصلحته».

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير ١٢/ ٤٦٤: «اعلم أن كل شرط وافق مقتضى العقد إذا وجد لم يؤثر في العقد وإن لم يقتضه العقد كالمحرم والمجهول والمعدوم وما لا يقدر على تسليمه ونحوه، أو نافى العقد كعدم بيعه عند الحلول أو جاءه بحقه في محله وإلا فالرهن له فالشرط فاسد، وفي صحة الرهن روايتان: إحداهما: لا يصح، والثانية: يصح وهو المذهب»اهـ.

(٢) إذ مقتضى العقد أن الراهن إذا لم يوف الدين بيع الرهن، ووفى الدين من ثمنه.

(٣) كبطيخ.

---

[١] ساقط من/ ف.

[٢] في/ س بلفظ: (جاء) بدون الهاء.

فَالرَّهْنُ لَهُ لَمْ يَصِحِ الشَّرْطُ وَحَدَهُ

فـالرهن له) أي للمـرتهن بدينه **(لم يصح الشـرط وحـده)**(١) لقـوله عليه السلام: «**لا يغلق الرهن**» رواه الأثرم(٢)، وفسره الإمام بذلك(٣)، ويصح الرهن للخبر(٤).

---

(١) وهذا هو غلق الرهن على المذهب.

قـال ابن قـدامة في المغني ٦/ ٥٠٧: «روي ذلك عن ابن عـمـر وشـريح والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم. . . ».

وفي نيل الأوطار ٥/ ٢٣٦: «وروى عبـد الرزاق عن معـمـر أنه فـسر غلاق الرهن بما إذا قال الرجل إن لم آتك بما لك فالرهن لك. . . وقد روى أن المرتهن في الجاهلية كان يتملك الرهن إذا لم يؤد الراهن إليه ما يستحقه في الوقت المضروب، فأبطله الشارع».

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في المغني ٦/ ٥٠٧: «قلت: ـ أي الأثرم ـ لأحمد ما معنى قوله: «**لا يـغلـق الـرهـن**» قال: لا يدفع رهنًا إلى رجل ويقول: إن جئتك بالدراهم إلى كذا وكذا، وإلا فالرهن لك، قال ابن المنذر: هذا معنى قوله: «**لا يغلق الرهن**» عند مالك والثوري وأحمد» اهـ.

(٤) فنفي غلق الرهن دون أصله فدل على صحته.

ولأن الراهن رضي برهنه مع هذا الشرط فمع بطلانه أولى أن يرضى به، وهذا هو المذهب.

وعن الإمام أحمد: أن الرهن يبطل؛ لأنه علّق البيع على شرط، والبيع المعلق بشرط لا يصح (المصدر السابق).

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/ ٢٥٠: «وقال الشيخ تقي الدين: لا يبطل الثاني ـ أي الشـرط ـ وإن لم يأته صـار له، وفعله الإمـام قـاله في الفائق».

. . . .

وَيُقْبَلُ قَوْلُ راهنٍ فِي قَدْرِ الدَّيْنِ، وَالرَّهْنِ، وَرَدِّه

(**ويقبل قول راهن في قدر الدين**) بأن قال المرتهن: هو رهن بألف، وقال الراهن: بل بمائة فقط(١)، (و) يقبل قوله أيضًا في قدر (**الرهن**)، فإذا قال المرتهن: رهنتني هذا العبد والأمة، وقال الراهن: بل العبد وحده، فقوله لأنه منكر(٢).

(و) يقبل قوله[١] أيضًا في (**رده**) بأن [قال][٢] المرتهن: رددته إليك وأنكر الراهن فقوله؛ لأن الأصل معه(٣).

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول الحنفية والشافعية؛ لأن الراهن منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن، والقول قول المنكر.

وقال شيخ الإسلام: «القول قول المرتهن ما لم يدع أكثر من قيمة الرهن، وهو قول مالك والحسن وقتادة» (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٤٧٨).

وقال ابن القيم في الطرق الحكمية ص ١٩ / ٢٨٢٧: «وهو الراجح في الدليل؛ لأن الله جعل الرهن بدلاً من الكتاب والشهود فكأنه الناطق بقدر الحق، وإلا فلو كان القول قول الراهن لم يكن الرهن وثيقة ولا بدلاً من الكتاب والشاهد فدلالة الحال تدل على أنه إنما رهنه على قيمته أو ما يقاربها».

(٢) قال ابن قدامة في المغني ٦/ ٥٢٦: «ولا نعلم في هذا خلافًا» ما لم يكن هناك بينة، أو قرينة كما تقدم في قدر الدين.

(٣) وهو قبض المرتهن للرهن.

---

[١] في/ م بلفظ: (قواين).

[٢] ساقط من/ ف.

وَفِي كَوْنِهِ عَصِيرًا لاَ خَمْرًا، وَإِنْ أَقَرَ أَنَّهُ مِلْكُ غَيْرِهِ، أَوْ أَنَّهُ جَنِي عَلَىٰ نَفْسِهِ

والمرتهن قبض العين لمنفعته فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر، (و) يقبل قوله أيضًا (في كونه عصيرًا لا خمرًا) في عقد شرط فيه(١) بأن قال: بعتك كذا بكذا على أن ترهنني هذا العصير وقبل على ذلك وأقبضه له، ثم قال المرتهن: كان خمرًا فلي فسخ البيع، وقال الراهن: بل كان عصيرًا فلا فسخ، فقوله؛ لأن الأصل السلامة(٢).

(وإن أقر) الراهن (أنه) أي أن الرهن (ملك غيره[١])(٣)، قبل على نفسه دون المرتهن(٤)، فيلزمه رده للمقر له إذا انفك الرهن، (أو) أقر (أنه) أي أن الرهن (جني قبل) إقرار الراهن (على نفسه)(٥) لا على المرتهن إن

---

(١) أي رهن العصير في الثمن المؤجل.
(٢) في كشاف القناع ٣/ ٣٥٣: «أو قال الراهن: أقبضتك عصيرًا في عقد شرط فيه رهنه بأن باعه بشرط أن يرهنه هذا العصير وأقبضه إياه ثم وجده خمرًا، فقال الراهن: أقبضتك عصيرًا وتخمر عندك فلا فسخ لك؛ لأني وفيت بالشرط، فقال المرتهن: بل أقبضتنيه خمرًا فلي الفسخ لعدم الوفاء بالشرط فقول الراهن».
(٣) بأن باعه أو وهبه أو غصبه قبل الرهن.
(٤) إذ لا عذر لمن أقر، ولا يقبل إقراره على المرتهن؛ لأنه متهم في حقه، وقول الإنسان على غيره غير مقبول (كشاف القناع ٣/ ٣٥٤).
(٥) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٤٨٨: «وجملته أنه إذا أقر الراهن أن العبد كان جني قبل رهنه فكذبه المرتهن وولي الجناية لم يسمع قوله، وإن صدقه ولي الجناية وحده قبل إقراره على نفسه دون المرتهن ويلزمه أرش الجناية؛ لأنه حال بين المجني عليه وبين رقبة الجاني بفعله فأشبه ما لو جنى

---

[١] في/ م، ف بلفظ: (غير) دون الهاء.

وَحَكَمَ بِإِقْرَارِهِ بَعْدَ فَكِّهِ إِلاَّ أَنْ يُصَدِّقَهُ الْمُرْتَهَنُ.

كذبه لأنه متهم في حقه(١)، وقول الغير على غيره غير مقبول(٢)، (**وحكم بإقراره بعد فكه**) أي فك الرهن(٣) بوفاء الدين أو الإبراء[١] منه (**إلا أن يصدقه المرتهن**) فيبطل الرهن لوجود المقتضى السالم عن المعارض(٤) ويسلم للمقر به(٥).

* * *

= عليه، وإن كان معسراً فمتى انفك الرهن كان المجني عليه أحق برقبته وعلى المرتهن اليمين أنه لا يعلم ذلك فإن نكل قضى عليه.

وفيه وجه آخر: أنه يقبل إقرار الراهن؛ لأنه غير متهم لكونه يقر بما يخرج الرهن من ملكه وعليه اليمين؛ لأنه يبطل بإقراره حق المرتهن فيه».

(١) ليبطل بإقراره حق المرتهن.

(٢) فلا يخرج من الرهن، ولا يزول شيء من أحكام الرهن.

(٣) فيأخذ مشتر وموهوب له ومغصوب منه الرهن إذا انفك لزوال المعارض، ومجني عليه يأخذ الأرش أو يسلم له الجاني.

(٤) في كشاف القناع ٣/ ٣٥٤: «ويلزم المرتهن اليمين إذا طلب منه أنه يعلم صدق ذلك الذي أقر به الراهن، فإن نكل المرتهن عن اليمين قضي عليه بالنكول».

(٥) أي بالرهن إن صدقه.

* * *

[١] في/ م، ف بلفظ: (والإبراء).

فصل

وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَرْكَبَ مَا يُرْكَبُ وَيَحْلِبُ مَا

فصل(١)

(**وللمرتهن أن يركب**) من الرهن (**ما يركب**، و) أن (**يحلب**[١] **ما**

---

(١) في الانتفاع بالرهن، وانتفاع المرتهن بالرهن له حالتان:

الأولى: أن يكون بإذن الراهن فيجوز إذا لم يكن سببه القرض؛ لأنه ملك الراهن ومن ملك شيئًا ملك تمليكه.

وأما إذا كان سببه القرض فلا يجوز؛ إذ كل قرض جر نفعًا فهو ربًا (المبسوط ٢١/ ١٠٦، والشرح الكبير للدردير ٣/ ٢٤٦، وتكملة المجموع ١٣/ ٢٤٣، والفروع ٤/ ٢٢٥).

الثانية: أن لا يكون بإذن الراهن، فأقسام:

الأول: أن يكون حيوانًا محلوبًا أو مركوبًا.

فالمذهب: أن المرتهن يملك الانتفاع بالمرهون بقدر النفقة متحريًا العدل؛ لما استدل به المؤلف من الحديث.

ونوقش: بأنه منسوخ بحديث ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعًا: «**لا يحلبن أحد ماشية امرئ بغير إذنه...**» متفق عليه.

وأجيب: بأن النسخ لا يصار إليه إلا مع تعذر الجمع، والجمع هنا ممكن فحديث ابن عمر عام، وحديث «**الرهن يركب بنفقته**» خاص، فيخصص بجواز الانتفاع بلا إذن بحديث ابن عمر رضي الله عنهما.

ونوقش أيضًا: بأنه مجمل؛ لأن فاعل الركوب والحلب لم يتعين. =

---

[١] في/ م، ف بزيادة لفظ: (لقد).

. . . .

. . . .

= وأجيب: بعدم التسليم فلا إجمال في الحديث، فالقرينة تدل على أن المراد المرتهن، أما الراهن فانتفاعه بالمرهون لكونه مالكًا لا لأجل النفقة، وقد جاء في اللفظ الآخر: «**إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها**».

ونوقش أيضًا: بأنه خلاف القياس لما في ذلك من التجويز لغير المالك أن يشرب ويركب بغير إذن المالك، ولما في ذلك من التضمين بالنفقة لا بالقيمة.

وأجاب ابن القيم: بأن ليس مخالفًا للقياس بل موافق له؛ لأن مقتضى العدل والقياس ومصلحة الراهن والمرتهن والحيوان أن يستوفي المرتهن منفعة الركوب والحلب ويعوض عنهما بالنفقة؛ لأن نفقة الحيوان واجبة على صاحبه، والمرتهن إذا أنفق عليه أدى عنه واجبًا فله أن يرجع ببدله...».

(معالم السنن ٣/ ١٦١، وعمدة القارئ ١٠/ ٣٩٩، وفتح الباري ٥/ ١٤٤، وإعلام الموقعين ٢/ ٤٢، ونيل الأوطار ٣/ ٢٣٤).

وعند جمهور أهل العلم: أن المرتهن لا يملك الانتفاع بالمركوب والمحلوب بلا إذن؛ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: «**لا يلغق الرهن له غنمه وعليه غرمه**» تقدم تخريجه قريبًا.

وأجاب ابن قدامة: بأننا نقول بموجبه، ولكن للمرتهن ولاية صرفها أي غنمه إلى نفقته؛ لثبوت يده عليه فهو كالنائب عن المالك في ذلك.

وأيضًا: هو عام خص منه المركوب والمحلوب.

واستدلوا: بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**لا يحلبن أحد ماشية امرئ بغير إذنه**» متفق عليه.

ونوقش: بأنه عام خص منه حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وعلى هذا فالأقرب قول الحنابلة. =

. . . .

يُحْلَبُ بِقَدْرِ نَفَقَتِهِ، بِلا إِذْنٍ.

يحلب بقدر نفقته) متحريًا للعدل[(١)] **(بلا إذن)** راهن؛ لقوله عليه السلام: «**الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونًا، [١ ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونًا ١]، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة**» رواه البخاري[(٢)].

وتسترضع الأمة بقدر نفقتها وما عدا ذلك من الرهن لا ينتفع به إلا بإذن مالكه[(٣)].

= (المبسوط ٢١/ ١٠٦، والإشراف ٢/ ٧، والأم ٣/ ١٧٠، والمبدع ٤/ ٢٣٩، ومجموع الفتاوى ٢٠/ ٥٦١، وإعلام الموقعين ٢/ ٢٢، ٢٤، ٣٩٢، ٣٩٣).

(١) فيكون انتفاع العدل بقدر نفقته، فإن كانت النفقة أكثر من الانتفاع رجع على الراهن، وإن كان النفع أكثر فالفاضل للراهن.

(٢) أخرجه البخاري ٣/ ١١٦ - الرهن - باب الرهن مركوب ومحلوب، أبو داود ٣/ ٧٩٥ - ٧٩٨ - البيوع - باب في الرهن - ح ٣٥٢٦، الترمذي ٣/ ٥٤٦ - البيوع - باب ما جاء في الانتفاع بالرهن - ح ١٢٥٤، ابن ماجه ٢/ ٨١٦ - الرهون - باب الرهن مركوب ومحلوب - ح ٢٤٤٠، أحمد ٢/ ٤٧٢، ابن أبي شيبة ٧/ ٣٢٦ - البيوع - ح ٣٣٢٨، ١٤/ ١٨٠ - ح ١٨٠٠٣، الدارقطني ٣/ ٣٤ - البيوع - ح ١٣٤، البيهقي ٦/ ٣٨، البغوي في شرح السنة ٨/ ١٨٣ - ح ٢١٣١ - من حديث أبي هريرة.

(٣) القسم الثاني من أقسام الانتفاع بالمرهون: أن يكون حيوانًا غير مركوب ولا محلوب.

فجمهور أهل العلم: أن المرتهن لا يملك الانتفاع بالرهن إذا كان عبدًا أو أمة في العمل والخدمة.

لكن استثنى المؤلف استرضاع الأمة بقدر نفقتها قياسًا على المحلوب. =

[١ - ١] ساقط من / م، ف.

وَإِنْ أَنْفَقَ عَلَىٰ الرَّهْنِ بِغَيْرِ إِذْنِ الرَّاهِنِ مَعَ إِمْكَانِه، لَمْ يَرْجِعْ عَلَىٰ الرَّاهِنِ.

(**وإن أنفق على**) الحيوان (**[الرهن[١]] بغير إذن الراهن مع إمكانه**) أي[٢] إمكان استئذانه (**لم يرجع على الراهن**)، ولو نوى الرجوع لأنه متبرع أو مفرط حيث لم يستأذن المالك مع قدرته عليه(١).

= واستدلوا بحديث أبي هريرة المتقدم: «**لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه**» ولأن منافع الرهن ملك للراهن فلم يجز أخذها بغير إذنه كغير الرهن.

وعن الإمام أحمد: أن المرتهن يملك الانتفاع بالرهن إذا كان عبداً أو أمة ويستخدمهما بقدر النفقة إذا امتنع الراهن من الإنفاق عليهما، قياساً على الانتفاع بالمحلوب والمركوب بقدر النفقة. (المصادر السابقة).

القسم الثالث: انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان غير حيوان.

فباتفاق الأئمة لا يملك المرتهن الانتفاع بالرهن بلا إذن الراهن. (المصادر السابقة).

قال ابن رشد في المقدمات ٢/ ٣٧٠: «وأجمع أهل العلم على أن المرتهن ليس له الانتفاع بشيء من الرهن فيما سوى الحيوان لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾

ولحديث أبي بكرة رضي الله عنه وفيه قوله ﷺ: «**إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا**» متفق عليه.

ولما تقدم من أدلة الجمهور للمسألة السابقة.

(١) في الإنصاف مع الشرح ١٢/ ٩٢: «وإن أنفق على الرهن بغير إذن الراهن مع إمكانه فلا يخلو: إما أن ينوي الرجوع أو لا، فإن لم ينو الرجوع فهو متبرع بلا نزاع أعلمه.

وإن نوى الرجوع فهو متبرع على الصحيح من المذهب. =

---

[١] ساقط من/ م، ف.

[٢] في/ س بلفظ: (إلى).

وَإِنْ تَعَذَّرَ رَجَعَ، وَلَوْ

(وإن تعذر) استئذانه(١) وأنفق بنية الرجوع (رجع) على الراهن (ولو

= وحكى جماعة رواية أنه كإذنه أو إذن حاكم، قال المصنف - ابن قدامة - يخرج على روايتين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، قال الشارح: وهذا أقيس إذ لا يعتبر في قضاء الدين العجز عن استئذان الغريم».

قال شيخ الإسلام في مجموع الفتاوى ٣٠/ ٣٤٨: «. . . فمذهب مالك وأحمد بن حنبل المشهور عنه وغيرهما: أن كل من أدى عن غيره واجبًا فله أن يرجع به عليه إذا لم يكن متبرعًا بذلك، وإن أداه بغير إذنه، مثل من قضى دين غيره بغير إذنه، سواء كان قد ضمنه بغير إذنه وأداه بغير إذنه، أو أداه عنه بلا ضمان.

وكذلك من افتكَّ أسيرًا من الأَسْر بغير إذنه يرجع عليه بما افتكه به، وكذلك من أدى عن غيره نفقة واجبة علَيه، مثل أن ينفق على ابنه أو زوجته أو بهائمه، لا سيما إذا كان للمنفق فيها حق مثل أن يكون مرتهنًا أو مستأجرًا، أو كان مؤتمنًا عليها مثل المودع، ومثل راد العبد الآبق، ومثل إنفاق أحد الشريكين على البهائم المشتركة، وقد دل على هذا الأصل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ فأمر بإيتاء الأجر بمجرد إرضاعهن، ولم يشترط عقد استئجار ولا إذن الأب لها في أن ترضع بالأجر، بل لما كان إرضاع الطفل واجبًا على أبيه، فإن أرضعته المرأة استحقت الأجر بمجرد إرضاعها. . . . وأبو حنيفة يقول ذلك في الأم، وإن كان لا يقول برجوع المؤدي للدين، وخالفه صاحباه».

(١) إما لغيبته أو تواريه ونحو ذلك، وهذا هو المذهب.

قال في الإفصاح ١/ ٣٦٨: «واختلفوا في النفقة من المرتهن في غيبة الراهن إذا كان الرهن محلوبًا أو مركوبًا، فقال أبو حنيفة والشافعي: يكون المنفق عليه متطوعًا إن لم يأذن له الحاكم. =

وَلَمْ يَسْتَأْذِنْ الحَاكِمَ كَذَا وَدِيعَة وَعَارِية وَدَوَاب مُسْتَأجَرَة هَرَبَ رَبُّهَا ، وَلَوْ خَرُبَ الرَّهْنُ فَعَمَرَهُ بِلا إِذْنٍ

لم يستأذن الحاكم) لاحتياجه لحراسة[1] حقه(١)، **(وكذا وديعة وعارية ودواب مستأجرة هرب ربها)**(٢) فله الرجوع إذا أنفق[٢] على ذلك بنية الرجوع عند تعذر إذن مالكها(٣) بالأقل مما أنفق أو نفقة المثل(٤).

(ولو خرب الرهن) إن كان داراً **(فعمره)** المرتهن **(بلا إذن)** الراهن

وقال أحمد: لا يكون متطوعًا، وإن لم يأذن له الحاكم، وتكون النفقة دينًا على الرهن، و للمرتهن استيفاؤه من ظهره ودره.

وقال مالك: إن أشهد على الإنفاق استحقه، وإن لم يشهد ولم يرفع إلى الحاكم كان متطوعًا».

وفي ص (٣٦٩): «وأجمعوا على أنه إذا أنفق المرتهن بإذن الحاكم أو غيره مع غيبة الراهن أو امتناعه كان دينًا للمنفق على الراهن».

(١) وتقدم النقل عن شيخ الإسلام أن المحققين من الأصحاب سووا بين الإذن وعدمه، فهنا أولى.

(٢) أي حكمها حكم الرهن فيما سبق؛ لأنها أمانة في يده فينفق عليها من هي بيده عند عدم مالكها أو تعذر استئذانه لوجوب حفظ النفس.

(٣) لأنه قام عنه بواجب هو محتاج إليه لحرمة حقه.

(٤) في كشاف القناع ٣/ ٣٥٦: «فإن كانت نفقة مثله خمسة وأنفق أربعة رجع بالأربعة؛ لأنها التي أنفقها، وإن كانت بالعكس رجع بالأربعة أيضًا؛ لأن الزائد على نفقة المثل تبرع».

---

[١] في/ م، ف، ط بلفظ: (لحراسته).

[٢] في/ ف بلفظ: (نفق).

رَجَعَ بِآلَتِهِ فَقَط.

([رجع][١] بآلته فقط)(١)؛ لأنها ملكه لا بما يحفظ به مالية الدار(٢)، وأجرة المُعَمرين؛ لأن العمارة ليست واجبة[٢] على الراهن، فلم يكن لغيره أن ينوبَ عنه فيها بخلاف نفقة الحيوان لحرمته في نفسه(٣).

وإن(٤) جنى الرهن ووجب مال(٥) خيّر سيده بين فدائه وبيعه وتسليمه

---

(١) كخشب وحجارة، ونحوه (حاشية العنقري ٢/ ١٧٦)، وفي المطلع ص (٢٥٢): «المراد بها الأنقاض».

وفي كشاف القناع ٣/ ٣٥٦: «لكن له أي المرتهن أخذ أعيان آلته؛ لأنها عين ماله لم تخرج عن ملكه، وكذا مستأجر ومستعير ووديع».

(٢) كثمن ماء، وطين، وإسمنت، وجص.

(٣) وعدم بقائه بدون النفقة.

(٤) وهذا هو المذهب: أنه لا يرجع إلا بأعيان آلته إذا عمر المرتهن الدار بلا إذن الراهن.

وفي الإنصاف مع الشرح ١٢/ ٥٠٠: «وجزم القاضي في الخلاف الكبير أنه يرجع بجميع ما عمر في الدار؛ لأنه من مصلحة الرهن، وجزم به في النوادر، وقاله الشيخ تقي الدين في من عمر وقفًا بالمعروف ليأخذ عوضه فيأخذ من مغله.

وقال ابن عقيل: ويحتمل عندي أنه يرجع بما يحفظ أصل مالية الدار لحفظ وثيقته».

وقال ابن رجب في القاعدة (٧٥): «ولو قيل: إن كانت الدار بعدما خرب منها تحرز قيمة الدين المرهون به لم يرجع، وإن كانت دون حقه أو وفق حقه ويخشى من تداعيها للخراب شيئًا فشيئًا حتى تنقص عن مقدار الحق فله أن يعمر ويرجع لكان متجهًا» اهـ.

(٥) في كشاف القناع ٣/ ٣٥٥: «وإن جنى الرهن كالعبد جناية موجبة للمال =

---

[١] ساقط من/ ف.

[٢] في/ س بلفظ: (واجبه) بدون الباء.

. . . .

إلى ولي الجناية(١) [١] فيملكه(٢)، فإن فداه فهو رهن بحاله، وإن باعه أو سلمه في الجناية بطل الرهن(٣)، وإن لم يستغرق الأرش قيمته بيع منه بقدره وباقيه رهن(٤)، وإن جُني عليه فالخصم سيده(٥)، فإن أخذ الأرش كان رهنًا(٦).

= كالخطأ وشبه العمد على بدن أو مال تستغرق جنايته قيمته تعلق أرشها برقبة الجاني وقدمت على حق المرتهن.

قال في المبدع: بغير خلاف نعلمه؛ لأنها مقدمة على حق المالك، والملك أقوى من الرهن فأولى أن يقدم على الرهن».

(١) في كشاف القناع ٣/ ٣٥٧: «لأنه إن كان الأرش أقل فالمجني عليه لا يستحق أكثر من أرش جنايته، وإن كانت القيمة أقل فلا يلزم السيد أكثر منها؛ لأن ما يدفعه عوضًا عن العبد فلا يلزمه أكثر من قيمته كما لو أتلفه، ويبقى الرهن بحاله؛ لأن حق المرتهن قائم لوجوب سببه».

(٢) لاختصاص حق الجناية بالعين فقدم على المرتهن.

(٣) لاستقرار كونه عوضًا عن الجناية، فبطل كونه محلاً للرهن كما لو تلف أو بان مستحقًا.

(٤) أي بيع من العبد بقدر الأرش، وباقي العبد رهن؛ لزوال المعارض، فإن تعذر بيع بعضه بيع كله للضرورة، وكذا إن نقصت قيمته بتشقص، ويكون باقي ثمنه رهنًا مكانه.

(٥) في كشاف القناع ٣/ ٣٥٨: «وإن جُني عليه أي المرهون جناية موجبة للقصاص أو غيره ـ أي مال ـ، فالخصم سيده؛ لأنه المالك والأرش الواجب بالجناية ملكه، وإنما للمرتهن فيه حق الوثيقة، فإن أخر السيد المطالبة لغيبة أو عذر من نحو مرض أو غيره فللمرتهن المطالبة؛ لأن حقه متعلق بموجبها».

(٦) مكان العبد.

---

[١] في/ ف بزيادة لفظ: (بطل).

. . . .

وإن اقتص فعليه[١] قيمة أقل العبدين الجاني والمجني عليه قيمة تكون رهنًا مكانه(١)[٢].

* * *

(١) في كشاف القناع ٣/ ٣٥٨: «فإن اقتص سيد المرهون من الجاني عليه في نفس أو دونها فعليه قيمة أقلهما تجعل رهنًا مكانه؛ لأنه أتلف مالاً استحق بسبب إتلاف الرهن فغرم قيمته كما لو كانت الجناية موجبة للمال وإنما وجب أقل القيمتين؛ لأن حق المرتهن تعلق بالمالية، والواجب من المال هو أقل القيمتين، فعلى هذا لو كان الرهن يساوي عشرة والجاني خمسة، أو بالعكس لم يكن عليه إلا الخمسة، أو عفا السيد عن الجاني على مال فعليه ـ أي السيد ـ قيمة أقلهما أي الجاني والمجني عليه».

* * *

[١] في/ س بلفظ: (عليه).

[٢] في/ م بلفظ: (كأنه).

باب الضمان

باب الضمان(١)

مأخوذ من الضمن قدمه الضامن في ضمن ذمة المضمون عنه(٢).

(١) أي هذا باب يذكر فيه أحكام الضمان، والكفالة.

(٢) في المطلع ص (٢٤٨): «الضمان: مصدر ضمن الشيء ضمانًا، فهو ضامن وضمين إذا كفل به... وهو مشتق من التضمن؛ لأن ذمة الضامن تتضمن. قاله القاضي أبو يعلى.

وقال ابن عقيل: الضمان مأخوذ من الضَّمن فتصير ذمة الضامن في ذمة المضمون عنه.

وقيل: هو مشتق من الضم؛ لأن ذمة الضامن تنضم إلى ذمة المضمون عنه.

والصواب الأول؛ لأن لام الكلمة في الضم «ميم» وفي الضمان نون، وشرط صحة الاشتقاق كون حروف الأصل موجودة في الفرع».

والضمان جائز:

بالكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾.

فالمنادي لم يكن مالكًا إنما كان نائبًا عن يوسف فشرط حِمْلَ البعير على يوسف لمن جاء بالصواع، ثم ضمن الحمل عنه.

(أحكام القرآن لابن العربي ٣/ ١٠٩٧، والتسهيل لابن جزي ٢/ ١٢٤).

وأما السنة: فحديث أبي أمامة الباهلي أن النبي ﷺ قال: «الزعيم =

. . . .

ومعناه شرعًا: التزام ما وجب على غيره مع بقائه[١] وما قد يجب[٢][٣]، ويصح بلفظ ضمين. . . . .

= غارم» ويأتي تخريجه قريبًا.

ولحديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه أن النبي ﷺ «أتي بجنازة ليصلي عليها، فقال: **هل ترك شيئًا**؟ قالوا: لا. قال: **فهل عليه دين**؟ قالوا: ثلاثة دنانير. قال: **صلوا على صاحبكم**، فقال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعلي دينه» رواه البخاري.

والإجماع منعقد عليه في الجملة، وإن اختلفوا في بعض فروعه.

(المبسوط ١٩/ ١٦١، وبداية المجتهد ٢/ ٢٩١، والمغني ٧/ ٧١).

(١) أي كثمن مبيع، أو قرض، أو قيمة متلف مع بقائه مضمون عنه، فلا يسقط بالضمان.

(٢) قال ابن القيم في إعلام الموقعين ٣/ ٩٣٦: «يصح ضمان ما لا يجب كقوله: ما أعطيته فلانًا فهو علي عند الأكثرين كما دل عليه القرآن قال تعالى: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾، والمصلحة تقتضي ذلك، بل قد تدعو إليه الحاجة والضرورة».

لكن لا يصح ضمان مسلم جزية ولو بعد الحول؛ لأنها إذا أخذت من الضامن فات الصغار عن المضمون عنه. (كشاف القناع ٣/ ٣٦٣).

وكجعل على عمل، وكضمان نفقة زوجة يومها، أو مستقبلاً.

(٣) وعرفه الحنفية بأنه: «ضم ذمة الكفيل - أي الضامن - إلى ذمة الأصيل في المطالبة».

وعرفه المالكية بأنه: «ضم الكفيل إلى ذمة المكفول في الالتزام بالدين».

وعرفه الشافعية بأنه: «التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة».

=

. . . .

. . . .

وكفيل[١] وقبيل وحميل وزعيم، وتحملت دينك أو ضمنته أو هو عندي ونحو ذلك[٢]، وبإشارة مفهومة من أخرس[٣].

= وعرفه ابن قدامة بأنه: «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعًا».

(البحر الرائق ٦/ ٣٢١، وبلغة المحتاج ٢/ ١٥٥، وزاد المحتاج ٢/ ٢٢٣، والمغني ٧/ ٧١).

وعند الظاهرية أن الضمان ليس ضم ذمة إلى ذمة، وإنما هو نقل الحق من ذمة إلى ذمة كالحوالة، قال ابن حزم في المحلى ٨/ ٥٢٧: «قال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأبو ثور، وأبو سليمان، وجميع أصحابنا، كما قلنا من أن الحق قد سقط جملة عن المضمون عنه، ولا سبيل للمضمون له إليه أبدًا، وإنما حقه عند الضامن أنصفه أو لم ينصفه روينا من طريق ابن أبي شيبة... عن الحسن ومحمد بن سيرين قالا جميعًا: الكفالة والحوالة سواء».

(١) فالكفيل هو الضامن (المصباح ٢/ ٥٣٦).

(٢) وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص (١٣٢): «وقياس المذهب: أنه يصح بكل لفظ يفهم منه الضمان عرفًا، مثل زوجه وأنا أؤدي الصداق، أو بعه وأنا أعطيك الثمن، واتركه لا تطالبه وأنا أعطيك الثمن».

لأن الشارع لم يحد بذلك بحد، فيرجع إلى العرف كالحرز والقصد.

(٣) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٠: «وإذا فهمت إشارة الأخرس صح ضمانه؛ لأنه يصح بيعه وإقراره وتبرعه أشبه الناطق ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن إشارة يفهم بها أنه قصد الضمان؛ لأنه قد يكتب عبثًا أو تجربة قلم، فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال، ومن لا تفهم إشارته لا يصح ضمانه؛ لأنه لا يدري بضمانه، وكذلك سائر تصرفاته».

وفي الإنصاف: «دخل في عموم كلام المصنف صحة ضمان المريض =

. . . .

وَلاَ يَصِحُ إِلاَّ مِنْ جَائِز التَّصَرُّفِ

(ولا يصح) الضمان (إلا من جائز التصرف)[(١)]؛ لأنه إيجاب مال، فلا يصح من صغير[(٢)] ولا سفيه[(٣)]، ويصح من مفلس[(٤)]؛ لأنه تصرف في

= وهو صحيح، فيصح ضمانه بلا نزاع، لكن إن مات في مرضه حسب ما ضمنه من دينه».

(١) يشترط في الضامن أن يكون أهلاً للتبرع باتفاق الأئمة؛ لأن الضمان من التبرعات، فلا يصح ضمان المجنون أو المعتوه، أو غير المميز.

(٢) الصبي المميز، جمهور العلماء: على عدم صحة كفالته.

وقال ابن عابدين: إذا استدان له وليه، وأمره أن يكفل المال عنه صح، ويكون إذنًا في الأداء.

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف: «وخرج أصحابنا صحته على الروايتين في صحة إقراره وتصرفه بإذن وليه، ولا يصح هذا الجمع؛ لأن هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح، كالتبرع والنذر بخلاف البيع».

(٣) المحجور عليه لسفه لا تصح كفالته عند جمهور أهل العلم؛ لأنه إيجاب مال فلم يصح منه كالبيع والشراء.

وقال القاضي أبو يعلى: يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه؛ لأن من أصلنا أن إقراره صحيح يتبع به بعد فك الحجر عنه كذلك ضمانه.

ونوقش: بالفرق إذ الإقرار إخبار بحق سابق بخلاف كفالته.

(٤) المحجور عليه لفلس عند الشافعية والحنابلة يصح ضمانه ويتبع به بعد فكِّ الحجر عنه؛ لأنه من أهل التصرف، والحجر عليه في ماله لا في ذمته فهو كتصرف الراهن فيما عدا الرهن.

(انظر: فتح القدير ٦/ ٢٩٨، وحاشية ابن عابدين ٥/ ٢٨٣، وحاشية الدسوقي ٣/ ٣٣٣، وتحفة المحتاج ٥/ ٢١٧، والشرقاوي على التحرير ٢/ ١٠٢، والقليوبي وعميرة ٢/ ٣٢٥، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٠، وكشاف القناع ٣/ ٣٥٤). =

. . . .

. . . .

ذمته، ومن قن ومكاتب بإذن سيدهما[١]، ويؤخذ مما بيد مكاتب[٢] وما ضمنه قن من سيده[٣].

= مسألة: وعند جمهور العلماء: لا فرق بين المرأة والرجل في الكفالة؛ لصحة تصرفات المرأة المالية.

وعند المالكية: أن ضمان المرأة إذا كانت ذات زوج ينفذ في حدود ثلثها.

واستدل المالكية: لما رواه ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعًا: «**لا يجوز للمرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها**» رواه الخمسة إلا الترمذي.

قال الخطابي في معالم السنن ٣/ ١٧٤: «هذا عند أكثر العلماء على معنى حسن العشرة، واستطابة نفس الزوج بذلك إلا أن مالك بن أنس قال: ترد ما فعلت من ذلك حتى يأذن الزوج، ويحتمل أن يكون ذلك في غير الرشيد، وقد ثبت عن رسول الله ﷺ أنه قال للنساء: **تصدقن**. فجعلت المرأة تلقي القرط والخاتم، وبلال يتلقاها بكسائه، وهذه عطية بغير إذن زوجها»اهـ.

أو يقال: بأن هذا في المال الذي أعطاها لمصلحته؛ كمال لتتجمل به.

وأما المرأة غير الزوج عند المالكية فكالرجل. (المصادر السابقة).

(١) أي يصح الضمان من قن ومكاتب بإذن سيدهما؛ كما لو أذن لهما في التصرف؛ لأن الحجر عليهما لحقه، فإذا أذن انفك، ولا يصح بدون إذن سيدهما؛ لأنه تبرع، ولو كان مأذونًا لهما في التجارة؛ لأن الضمان عقد يتضمن إيجاب مال فلم يصح بغير إذن السيد.

(٢) أي يؤخذ ما ضمنه مكاتب بإذن سيده مما بيد المكاتب.

(٣) في كشاف القناع ٣/ ٣٦٦: «ويصح ضمان العبد بإذن سيده، ويتعلق بذمة السيد».

. . . .

فِي الحَياةِ وَالمَوْتِ

(ولرب الحق مطالبة من شاء منهما)[(١)] أي من المضمون والضامن (في الحياة والموت)؛ لأن الحق ثابت في ذمتهما فملك مطالبه من شاء منهما لحديث: «الزعيم غارم» رواه أبو داود والترمذي وحسنه[(٢)].

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدل به المؤلف.

وعند المالكية: لا يطالب الضامن إذا تيسر الأخذ من المدين، إلا بالشرط؛ لأنه وثيقة فلا يستوفى الحق منها إلا مع تعذر استيفائه من الأصل.

ولأن الضامن فرع، فلا يصار إليه إلا عند تعذر الأصل كالتراب مع الماء، وابن القيم في إعلام الموقعين ٣/ ٤١١، ٤١٢ حكى الخلاف في الضمان هل استيثاق بمنزلة الرهن، أو تعدد لمحل الحق؟

فعلى القول بأنه استيثاق قال: ليس له مطالبة الضامن إلا عند تعذر مطالبة المضمون، وعلى القول: بأنه لتعدد محل الحق فللغريم مطالبة من شاء منهما، وقوى بأنه استيثاق، وقال: «والضامن لم يوضع لتعدد محل الحق، وإنما وضع ليحفظ صاحب الحق حقه من الهلاك، ويرجع إليه عند تعذر الاستيفاء، ولم ينصب الضامن نفسه لأن يطالبه المضمون له مع وجود الأصيل ويسرته... والناس يستقبحون هذا، ويعدون فاعله متعديًا، ولا يعذرونه بالمطالبة إلا إذا تعذر عليه مطالبة الأصيل...».

(٢) أخرجه أبو داود ٣/ ٨٢٤ - ٨٢٥ - البيوع - باب في تضمين العارية - ح ٣٥٦٥، الترمذي ٣/ ٥٥٦ - البيوع - باب ما جاء في أن العارية مؤداة - ح ١٢٦٥، ٤/ ٤٣٣ - الوصايا باب ما جاء لا وصية لوارث - ح ٢١٢٠، ابن ماجه ٢/ ٨٠٤ - الصدقات - باب الكفالة - ح ٢٤٠٥، أحمد ٥/ ٢٦٧، الطيالسي ص ١٥٤ - ح ١١٢٨، عبد الرزاق ٩/ ٤٨ - ٤٩ - ح ١٦٣٠٨، ابن أبي شيبة ٦/ ١٤٥ - ح ٦٠٣، ابن الجارود في المنتقى ص ٣٤٠ - ح ١٠٢٣، الدارقطني ٣/ ٤١ - البيوع ح ١٦٦، الطبراني في الكبير ٨/ ١٦٠، ١٦٢ =

فَإِنْ بَرِئَتْ ذِمَّةُ المَضْمُونِ عَنْهُ بَرِئَتْ ذِمَّةُ الضَّامِنِ لاَ عَكْسُهُ

(**فإن برئت ذمة المضمون عنه**) من الدين المضمون بإبراء أو قضاء أو حوالة ونحوها(١) (**برئت ذمة الضامن**) لأنه تبع له (٢) (**لا عكسه**[١])،

= ح ٧٦١٥، ٧٦٢١، القضاعي في الشهاب ١/ ٦٤ ـ ح ٥٠، البيهقي ٦/ ٧٢، ٨٨، البغوي في شرح السنة ٨/ ٢٢٥ ـ ح ٢١٦٢ ـ من طريق إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم الخولاني عن أبي أمامة.

والحديث حسنه الترمذي والبغوي، ولا يضر اختلاط إسماعيل بن عياش الحمصي؛ لأنه قد روى الحديث عن شرحبيل بن مسلم الخولاني الشامي، وهو أعلم الناس بحديث الشام. قال يحيى بن معين: خلط في حديثه عن أهل العراق، وليس أحد أعلم منه بحديث الشام، وقال البخاري: إذا حدث عن أهل حمص فصحيح، وقال دحيم: هو عن الشاميين غاية، وخلط عن المدنيين. انظر: الكواكب النيرات ص ١٠٢ ـ ١٠٣.

(١) كأن زال العقد الذي وجب بتقايل أو غيره. (حاشية العنقري ٢/ ١٨٢).

(٢) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ١١: «لا نعلم فيه خلافًا؛ لأنه تبع، ولأنه وثيقة، فإذا برئ الأصل زالت الوثيقة كالرهن».

وفي حاشية العنقري ٢/ ١٨٢: «فائدتان: الأولى: إذا كان لإنسان دين وضمنه آخر، وأبرأ صاحب الدين غريمه لجهالة سقوطه عن الضامن فلا يبرأ، صرح به ابن عطوه... قال ابن قدامة: من رضي بشيء بناء على ظن تبين خلافه لم يسقط حقه. اهـ.

وقال ابن عبد الهادي: من جعل له شيء في مقابلة براءة أو إقرار فلم يكن يبطل الإقرار والبراءة، ويرجع بذلك باتفاق الأئمة. اهـ.

الثانية: لو قال المضمون له للضامن: وهبتك الحق فهو لك فيرجع على المضمون عنه على الصحيح من المذهب، وقيل: بل هو إبراء فلا رجوع» اهـ.

---

[١] في/ ف بلفظ: (لا عكس).

وَلاَ تُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ الضَّامِنِ لِلْمَضْمُونِ عَنْهُ، وَلاَ

فلا يبرأ المضمون ببراءة الضامن لأن الأصل لا يبرأ ببراءة التبع(١)، وإذا تعدد الضامن لم يبرأ أحدهم بإبراء الآخر ويبرأون بإبراء المضمون [عنه][١](٢).

(**ولا تعتبر معرفة الضامن للمضمون عنه**(٤) **ولا**) معرفته للمضمون

---

(١) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ١١: «ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها، فلم تبرأ ذمة الأصل كالرهن إذا انفسخ من غير استيفاء، وأيهما قضى الحق برئا جميعًا من المضمون له؛ لأنه حق واحد فإذا استوفي مرة زال تعلقه بهما، كما لو استوفي الحق الذي به رهن، وإن أحال أحدهم الغريم برئا جميعًا؛ لأن الحوالة كالقضاء».

وفي الإنصاف: «وإن برئ الضامن أو أقر ببراءته لم يبرأ المضمون عنه بلا نزاع».

(٢) لأنهم غير فروعه، فلم يبرءوا ببراءته، وإن ضمن كل واحد منهم جميعه، برئ كل واحد منهم بأداء أحدهم.

(٣) لأنهم فروعه، وتقدم قريبًا النقل عن صاحب الشرح الكبير أنه لا خلاف فيه؛ لأنه وثيقة فإذا برئ الأصل زالت الوثيقة كالرهن.

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور العلماء.

لحديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه المتقدم أول الباب، وفيه قول أبي قتادة: «صل عليه يا رسول الله وعلي دينه» رواه البخاري.

فالنبي ﷺ أقر الضمان من غير أن يسأل الضامن هل يعرف المضمون عنه أم لا، ولأن الضمان تبرع بالتزام مال فلا يشترط معرفة من يتبرع عنه به كالنذر.

وعند أبي حنيفة: يشترط معرفة المضمون عنه للضمان إذا كان الضمان معلقًا أو مضافًا، أما إذا كان الضمان منجزًا فلا يشترط معرفته، وعلى هذا لو =

---

[١] ساقط من/ ف.

لَهُ، رَضِيَ

(لـه)[1]؛ لأنه لا يعتبر رضاهما[2]، فكذا معرفتهما (بـل) يعتبر (رضـي

= قال شخص لآخر: ما بايعت أحدًا من الناس أو ما أقرضت أحدًا من الناس فأنا كفيل فلا تصح، ولو قال لشخص: كفلت لك بمالك على فلان، أو فلان صحت، ويكون للكفيل حق تعيين المضمون عنه منهما؛ لأنه الملتزم بالدين.

(بدائع الصنائع ٦/ ٦، وحاشية ابن عابدين ٥/ ٣٠٧، وحاشية الدسوقي ٣/ ٣٣٤، ومنح الجليل ٣/ ٢٥٢، ومغني المحتاج ٢/ ٢٠٠، ونهاية المحتاج ٤/ ٢٢٤، وكشاف القناع ٣/ ٣٥٤).

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية، فلو قال: أنا ضامن الدين الذي على زيد للناس، وهو لا يعرف عين من له الدين صح الضمان؛ لحديث أبي قتادة السابق، فقد ضمن دين الميت دون أن يعرف الميت.

وعند الحنفية والشافعية: يشترط كون المضمون له معلومًا للضامن، فلو قال: أنا ضامن ما يحصل من هذا الدلال من ضرر على الناس لم يصح؛ لتفاوت الناس في استيفاء حقوقهم تشديدًا أو تسهيلاً، وليعلم الضامن هل المضمون له أهل لإسداء الجميل إليه أو لا؟. (المصادر السابقة).

(٢) باتفاق الأئمة الأربعة: عدم اشتراط رضا المضمون عنه، بل تصح مع كراهته لذلك ففي حديث سلمة بن الأكوع أقر النبي ﷺ ضمان أبي قتادة دين الميت، والميت لا يتأتى منه رضا ولا إذن، ولأن الضمان التزام المطالبة وهذا الالتزام تصرف في حق نفسه، وفيه نفع للطالب، ولا ضرر فيه على المطلوب، ولأن قضاء دين الغير بغير إذنه جائز فالتزامه أولى.

ويترتب على ذلك صحة الضمان إذا كان المضمون عنه صبيًا أو مجنونًا، أو غائبًا. (المصادر السابقة).

وأما المضمون له فالجمهور لا يشترط رضاه؛ لما تقدم في حديث سلمة أن أبا قتادة ضمن الميت دون أن يعرفه أو يطلب قبوله، ولأنه التزام لا =

. . . .

الضَّامِنُ، وَيَصِحُ ضَمَانُ المَجْهُولِ، إِذَا آلَ إِلَىٰ العِلْمِ

الضامن)(١) لأن الضمان تبرع[١] بالتزام الحق فاعتبر له الرضي كالتبرع بالأعيان.

(ويصح ضمان المجهول إذا آل إلى العلم)(٢)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ وهو غير معلوم لأنه يختلف.

= معاوضة فيه، بل تبرع من الكفيل فاعتبر رضاه وحده.

وعند أبي حنيفة: لا يتم الضمان إلا بقبول المضمون له؛ لأن الضمان عقد يملك به المضمون له حق مطالبة الكفيل، ولا يملك الإنسان حقًا رغم أنفه فكانت كالبيع تفيد ملكًا فلا تتحقق إلا بإيجاب وقبول. (المصادر السابقة).

(١) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢١: «لا يصح الضمان إلا برضا الضامن، فإن أكره عليه لم يصح؛ لأنه التزام مال فلم يصح بغير رضا الملتزم كالنذر».

(٢) كأن يقول: أنا ضامن لك ما أعطيت فلانًا، أو ما يقربه لك ونحو ذلك، وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية والمالكية؛ لما استدل به المؤلف، ولأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والإقرار.

وعند الشافعية: لا يصح ضمان المجهول؛ لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لآدمي فلم يجز مع الجهالة كالثمن في البيع.

ونوقش: بالفرق فالضمان من عقود التبرعات، وليس من عقود المعاوضات كالبيع. (المصادر السابقة).

وفي كشاف القناع ٣/ ٣٦٨: «ويصح ضمان دين الميت ولو غير مفلس؛ لأن أبا قتادة ضمن دين الميت، ولا تبرأ ذمته قبل القضاء... ولما أخبر أبو قتادة النبي ﷺ بوفاء الدينارين قال: «**الآن بردت عليه جلدته**» رواه أحمد، ولأنه وثيقة بدين، فلم يسقط قبل القضاء كالرهن» اهـ.

---

[١] في/ س بلفظ: (ينزع).

العَوَارِي وَالمَغْصُوبِ وَالمَقْبُوضِ بسوم

(و) يصح أيضًا ضمان ما يؤول إلى الوجوب[(١)] كـ (العواري والمغصوب والمقبوض بسوم)[(٢)] إن ساومه وقطع . . . .

---

(١) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٤: «ويصح ضمان ما لم يجب، فلو قال: ما أعطيت فلانًا فهو عليّ صحّ، والخلاف في هذه المسألة كالتي قبلها - ضمان المجهول - ودليل القولين ما ذكرنا. . . وقد سلموا ضمان ما يلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجعل في الجعالة قبل العمل، وما وجب شيء بعد».

(٢) المذهب، وهو قول الجمهور: صحة ضمان الأعيان المضمونة؛ لأنها مضمونة على من هي في يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة.

والقول الثاني للشافعي: لا يصح ضمانها؛ لأنها غير ثابتة في الذمة، وإنما يضمن ما يثبت في الذمة، ووصفنا لها بالضمان إنما معناه أنه يلزمه قيمتها عند التلف، والقيمة مجهولة.

ونوقش: أن قولهم: الأعيان لا تثبت في الذمة، أن المراد في ضمان الأعيان ضمان استنقاذها وردها، والتزام تحصيلها، أو قيمتها عند تلفها، وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع.

(فتح القدير ٦/ ٣١٢، والفتاوى الهندية ٣/ ٥٤، وحاشية الدسوقي ٣/ ٣٣٤، ونهاية المحتاج ٤/ ٤٤١، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٣٦).

وضمان العين المضمونة عند الحنفية والحنابلة: يكون بتسليمها ما دامت قائمة، وإن هلكت فبرد المثل إن كانت مثلية، أو القيمة إن كانت متقومة.

وعند المالكية: إذا ضمن تلف العين إذا تلفت بتعد أو تفريط التزم برد المثل أو دفع القيمة، وإذا ضمن تسليمها بذاتها لم يلزمه شيء.

وعند الشافعية على القول بصحة ضمان العين يلتزم بتسليمها إن كانت =

. . . .

وَعُهْدَةُ مَبِيْعٍ

ثمنه[(١)] أو ساومه فقط ليريه أهله إن رضوه وإلا رده[(٢)]، وإن أخذه ليريه أهله بلا مساومة ولا قطع ثمن فغير مضمون[(٣)].

(و) يصح ضمان (**عهدة مبيع**)[(٤)] بأن يضمن الثمن إن استحق المبيع

= قائمة فإن هلكت ففيه وجهان: أحدهما: يجب الضمان. وفي الآخر: لا يجب الضمان. (المصادر السابقة).

(١) وذلك بأن يساوم إنسانًا على عين، ويقطع ثمنها، ثم يأخذها ليريها أهله، فإن رضوها أخذها، وإلا ردها لربها فإذا قبضها ضمنها إذا تلفت فصح ضمانها؛ لكونها مقبوضة على وجه البدل والعوض.

فالمذهب: يضمن المتلف مطلقًا وإن لم يتعد أو يفرط.

والأقرب: أن حكم المقبوض بسوم مع قطع الثمن حكم الأمانة؛ لأنه قبضه بإذن مالكه، ويأتي حكم ضمان الأمانات وأن الضمان للتعدي والتفريط فيها.

(٢) أي أو ساومه بدون قطع الثمن، وحكم هذه المسألة كالمسألة السابقة.

(٣) أي إذا تلف بغير تفريط؛ لأنه غير مقبوض على وجه العوض؛ لعدم السوم، فحكم ضمانه حكم ضمان الأمانة ويأتي.

(٤) في المطلع ص (٢٤٩): «قال الجوهري: العهدة كتاب الشراء، ويقال: عهدته على فلان، أي ما أدرك فيه من دَرَك فإصلاحه عليه».

واتفق الأئمة - من حيث الجملة - على صحة الضمان بالدرك؛ لأن الحاجة تدعو إليه، وعلى ذلك يجوز أن يضمن شخص لأحد العاقدين ما بذله للآخر إن خرج مقابله مستحقًا أو معيبًا أو ناقصًا.

لكن عند الشافعية: لا يصح ضمان الدرك إلا بعد قبض الثمن؛ لأن الضامن إنما يضمن ما دخل في يد البائع، ولا يدخل الثمن في ضمانه إلا بعد قبضه. =

. . . .

أو رد بعيب(١)، أو الأرش إن خرج معيبًا(٢)، أو يضمن الثمن للبائع قبل تسليمه(٣)، أو إن ظهر به عيب أو استحق(٤) فيصح لدعاء الحاجة إليه(٥).

وألفاظ ضمان العهدة(٦): ضمنت عهدته أو دركه[١] ونحوها(٧).

ويصح أيضًا ضمان [٢ ما يجب(٨) بأن يضمن٢] ما يلزمه من دين أو ما

= (فتح القدير ٦/ ٢٩٨، وبداية المجتهد ٢/ ٢٩٤، والشرقاوي على التحرير ٢/ ١٢١، ومغني المحتاج ٢/ ٢٠١، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٩).

(١) أي أن يضمن للمشتري الثمن إن ظهر المبيع مستحقًا لغير بائع، أو رد المبيع على بائع بعيب أو غيره.

(٢) أي بأن يضمن الأرش للمشتري - على القول به - إن خرج المبيع معيبًا، واختار مشتر إمساكه مع العيب، والرجوع بالأرش.

(٣) أي أو يضمن للبائع الثمن قبل تسليمه.

(٤) أي أو يضمن للبائع الثمن إن ظهر به عيب أو استحق للبائع قبل تسليمه.

(٥) لأنه لو لم يصح لامتنعت المعاملات مع من لم يعرف، وفيه ضرر عظيم، رافع لأصل الحكمة التي شرع البيع من أجلها.

(٦) أي ضمان عهد المبيع عن البائع للمشتري، وعن المشتري للبائع. . . وضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو بعضه عن أحدهما - أي البائع والمشتري كما تقدم - للآخر، وأصل العهدة هو الكتاب الذي تكتب فيه الوثيقة للبيع، ويذكر فيه الثمن، ثم عبر به عن الثمن الذي يضمنه. (الإنصاف مع الشرح ١٣/ ٣٠).

(٧) كضمنت خلاصك منه، أو متى خرج المبيع مستحقًا فقد ضمنت الثمن. (المصدر السابق).

(٨) وتقدم قريبًا الإشارة إلى خلاف العلماء في هذه المسألة.

[١] في/ س بلفظ: (دركته).

[٢-٢] ساقط من/ م، ف.

لاَ ضَمَانُ الأَمَانَاتِ كَوَدِيعَةٍ بَلْ التَّعَدِي فِيهَا.

يداينه[١] زيد لعمرو ونحوه(١)، وللضامن إبطاله قبل وجوبه(٢)، (**لا ضمان الأمانات كوديعة**[٢]) ومال شركة وعين مؤجرة(٣)؛ لأنها[٣] غير مضمونة على صاحب اليد فكذا ضامنه.

(**بل**) يصح ضمان (**التعدي فيها**) أي في الأمانات لأنها حينئذ تكون مضمونة على من هي بيده كالمغصوب(٤)، وإن قضى الضامن الدين بنية

---

(١) كما يقضي به عليه، أو ما تقوم به البينة، أو ما يقر لك به، . . . ومنه ضمان السوق، و هو أن يضمن ما يلزم التاجر من دين، وما يقبضه من عين مضمونة قاله شيخ الإسلام. (كشاف القناع ٣/ ٣٦٧).

(٢) أي إبطال ما يجب قبل وجوبه على المضمون عنه.

(٣) ومضاربة، وعين مدفوعة إلى قصار وخياط.

(٤) وهذا هو المذهب: أن الأمانات لا يصح ضمانها، بل يصح ضمان التعدي فيها؛ لما علل به المؤلف، وهذا ضمان ما يجب، وقد تقدم جوازه على المذهب.

وعند الحنفية: أن الأمانة تنقسم إلى قسمين:

الأول: ما يجب على صاحب اليد تسليمه بمعنى أنه ملتزم أن يسعى إلى تسليمه إلى مالكه كالعارية في يد المستعير، وكالعين المستأجرة في يد المستأجر؛ فهذا يصح الضمان بتسليمه؛ لوجوب التسليم على صاحب اليد، فإذا تلف لا يلزم الضامن شيء لكونه أمانة، والأمانة إذا هلكت تهلك مجانًا.

الثاني: لا يجب على صاحب اليد تسليمه، بل على المالك أن يسعى إلى ذلك كالودائع وأموال المضاربة، فهذا يجوز ضمانه بتسليمه فقط دون

---

[١] في/ س، م، ف بلفظ: (يدانيه).

[٢] في/ ف بلفظ: (لوديعه).

[٣] فى/ س بزيادة لفظ: (فى الأمانات).

. . . .

الرجوع رجع وإلا فلا[١].

= قيمته إذ ليس شيء منهما مضمونًا أو واجبًا على صاحب اليد، ولا ضمان إلا بما هو واجب.

وعند المالكية: عدم صحة ضمان الودائع والعارية ومال القراض على أنها إذا تلفت أتى بعينها، ولكن يصح الضمان على أنها إذا تلفت بتعد أو تقصير التزم بدفع القيمة أو رد المثل؛ لأنها كفالة معلقة على ثبوت الدين وهي جائزة عندهم.

وعند الشافعية: أن العين إذا لم تكن مضمونة على من هي في يده كالوديعة والمال في يد الشريك، والوكيل، والوصي فلا يصح ضمانها؛ لأن الواجب فيها التخلية دون الرد.

(فتح القدير ٦/ ٣١٢، ومواهب الجليل ٥/ ٩٨، ونهاية المحتاج ٤/ ٤٤١، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٣٦).

(١) باتفاق الأئمة أن الضامن إذا أدى ما على المضمون بنية التبرع لم يملك الرجوع.

وإذا أدى الضامن عن المضمون بنية الرجوع على المدين فله أحوال:

الأولى: أن يكون الضامن ضمن بإذن المدين، ثم أوفاه كذلك، فله الرجوع.

الثانية: أن يكون الضامن ضمن بإذن المدين، ثم أوفاه بدون إذنه فله الرجوع على المذهب، وهو قول الجمهور؛ لأن الإذن في الضمان يتضمن الإذن في الأداء عرفًا.

وعند بعض الشافعية: لا يرجع؛ لأن الغرم حصل بغير إذن.

الثالثة: أن يكون الضمان بدون إذن المدين، وأدى الدين بإذن المدين فله الرجوع، وهذا هو المذهب ومذهب المالكية؛ لأن إذن المدين بالوفاء يدل على =

. . . .

. . . .

وكذا كفيل[١] وكل مؤدٍ عن[٢] غيره دينًا واجبًا(١) غير [نحو][٣] زكاة.

* * *

= أنه أراد أن يقوم الضامن عنه فيه.

وعند الحنفية والمصحح عند الشافعية: لا يرجع؛ لأن الغرم بالضمان ولم يأذن فيه.

الرابعة: أن يكون الضمان والأداء بدون إذن المدين:

فالمذهب، وهو ظاهر قول المالكية: أنه يرجع؛ لأنه أداء مبرئ من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه.

وعند الحنفية والشافعية ورواية عند الحنابلة: أنه لا يرجع؛ لأن صلاة النبي ﷺ على الميت المدين بعد ضمان دينه تدل على أن ذمته برئت من الدين، ولوكان للضامن حق الرجوع ما برئت ذمة الميت. (المصادر السابقة).

(١) في حاشية العنقري ٢/ ١٨٥: «قوله: غير نحو زكاة، أي كنذر و كفارة، وكل ما افتقر إلى نية، فلا رجوع له ولو نوى الرجوع؛ لأنه لا يبرأ المدفوع عنه بذلك لعدم النية».

وهذا بناء على عدم صحة التصرف الفضولي فيما تشترط له النية من زكاة ونحوها، وعلى القول بصحة التصرف الفضولي ينفذ بالإجازة، ويرجع على المدفوع عنه، والله أعلم.

وانظر: عند قول المؤلف في الرهن: «وإن أنفق على الرهن بغير إذن الراهن. . . .».

* * *

[١] في / م بلفظ: (الكفيل).

[٢] في/ ف بلفظ: (مودع).

[٣] ساقط من/ ش.

فصل في الكفالة

فصل في الكفالة(١)

وهي التزام رشيد(٢) إحضار[١] من عليه حق مالي لربه(٣)، وتنعقد بما

(١) في المطلع ص (٢٤٩): «الكفالة مصدر كفل به كفْلاً، وكُفُولاً، وكفالة، وكفلته وكفلت عنه: تحملت، وقرئ شاذاً ﴿وكفِلَها زكرياء﴾ بكسر الفاء».

وفي المصباح ٢/ ٥٣٦: «... قال ابن الأنباري: تَكَفَّلت بالمال: التزمت به، وألزمته نفسي... وقال ابن الأعرابي: وكافل أيضًا مثل: ضمين، وضامن، وفرق الليث بينهما، فقال: الكفيل: الضامن، والكافل: هو الذي يعول إنسانًا وينفق عليه».

وثبوت الكفالة في القرآن كما في قوله تعالى: ﴿قَالَ لَن أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمْ﴾.

ومن السنة: عموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم» وتقدم تخريجه في الضمان.

ولأن الحاجة داعية إلى الاستيثاق بضمان المال أو البدن، وضمان المال يمتنع منه كثير من الناس، فلو تجز الكفالة بالنفس لأدى إلى الحرج، وعدم المعاملات المحتاج إليها. (كشاف القناع ٣/ ٣٧٤).

(٢) يأتي تفسير الرشد في باب الحجر.

ولو مفلسًا، أو مكاتبًا أو قنًا بإذن السيد. (كشاف القناع ٣/ ٣٧٥، وحاشية العنقري ٢/ ١٨٦).

(٣) من دين، أو عارية، ونحوهما.

فالضمان للحق، والكفالة إحضار بدن من عليه الحق.

[١] في/ م بلفظ: (احسنار).

وَتَصِحُ الكَفَالَةُ بِكلِّ عَيْنٍ مَضْمُونَةٍ وَبِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ،

ينعقد به ضمان(١)، وإن ضمن[١] معرفته أخذ به(٢).

(**وتصح الكفالة بـ**) بدن[٢] (**كل**) إنسان عنده (**عين مضمونة**)(٣) كعارية(٤) ليردها أو بدلها(٥).

(و) تصح أيضًا (**ببدن من عليه دين**)(٦) ولو جهله الكفيل لأن كلاً

---

(١) في حاشية العنقري ٢/ ١٨٦: «أي من الألفاظ السابقة كلها نحو أنا ضمين ببدنه، وزعيم به، وبحث مرعي مشترطًا بإضافة ذلك لإحضار المكفول، فأفهم أنه لو قال: ضمنته ونحوه لم يصح، وهو ظاهر مما تقدم».

(٢) وفي حاشية العنقري ٢/ ١٨٧: «وفي شرح المحرر للشيخ تقي الدين: ضمان المعرفة معناه: إني أعرفك من هو؟ وأين هو؟ فإن لم يعرفه ضمن، وإن عرفه فليس عليه أن يحضره، وقال ابن عقيل بعد حكايته نص الإمام: هذا يعطي أن أحمد جعل ضمان المعرفة توثقة لمن له المال فكأنه قال: ضمنت لك حضوره متى أردت؛ لأنك لا تعرفه، ولا يمكنك إحضار من لا تعرفه فأحضره لك متى أردت، فصار كقوله: تكفلت ببدنه».

(٣) فأخرج الأمانات كالوديعة، والشركة، والمضاربة، فلا تصح الكفالة بها كما تقدم في الضمان، إلا إن كفله بشرط التعدي أو التفريط، فيصح. (كشاف القناع ٣/ ٣٧٦).

(٤) وغصب.

(٥) إن كانت باقية، أو بدلها إن كانت تالفة.

(٦) باتفاق الأئمة: صحة كفالة بدن من عليه دين. (المصادر السابقة).

وفي كشاف القناع ٣/ ٣٧٦: «وتصح الكفالة ببدن من عليه دين لازم أو يؤول إلى اللزوم... ويصح ضمانه معلومًا كان الدين أو مجهولاً؛ إذا كان =

---

[١] في/ س بلفظ: (ضمان).

[٢] في/ ف بلفظ: (ببدل).

لاَ حَد وَلاَ قِصَاص

منهما حق مالي، فصحّت الكفالة به كالضمان، و (لا) تصح ببدن من عليه (حد) لله تعالى كالزنا، أو لآدمي كالقذف لحديث عمرو بن[١] شعيب عن [أبيه][٢] عن جده مرفوعًا «لا كفالة في حد»(١).

(ولا) ببدن من عليه (قصاص)(٢)؛ لأنه لا يمكن استيفاؤه من غير

= يؤول إلى العلم من كل من يلزمه الحضور إلى مجلس الحكم، واحترز به عن الأب فلا تصح كفالته لولده؛ لأنه لا تسمع دعواه بغير النفقة الواجبة. . . ولو كان من عليه الدين محبوسًا؛ لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم».

(١) أخرجه الإسماعيلي في المعجم ١/ ٤١٣، وابن عدي في الضعفاء ٥/ ١٦٨١، البيهقي ٦/ ٧٧ ـ الضمان ـ باب ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق، الخطيب في تاريخ بغداد ٣/ ٣٩١ ـ من طريق بقية بن الوليد عن عمر بن أبي عمرو الكلاعي الدمشقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

والإسناد ضعيف لضعف بقية بن الوليد، وقد تفرد بالحديث عن عمر الكلاعي، وهو من مشايخ بقية المجهولين، ورواياته منكرة، قال ذلك البيهقي في السنن، والحافظ ابن حجر في التقريب ص (٤١٦).

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية؛ لما استدل به المؤلف.

لكن عند المالكية: يصح التزام طلب من عليه حد أو قصاص والدلالة عليه، دون إحضاره.

وفي قول عندهم: يصح التزام إحضاره.

وعند الحنفية: لاتجوز كفالة من عليه حد خالص لله كحد الزنا وشرب الخمر؛ لأنها تندرئ بالشبهات، وأما الكفالة ببدن من عليه حد فيه حق للعبد، أو قصاص، فتصح إن طابت نفس المطلوب؛ لأنه أمكن ترتيب =

[١] في/ ط بزيادة لفظ: (عمرو).

[٢] ساقط س/ م، ف.

. . . .

الجاني ولا بزوجة(١) وشاهد(٢) ولا بمجهول(٣) أو[١] إلى أجل مجهول(٤)، ويصح إذا قدم الحاج فأنا كفيل[٢] يزيد شهراً(٥).

= موجبه وهو تسليم النفس، وأما إذا لم تطب نفس المطلوب فلا تجوز عند أبي حنيفة، فلا يجبر على إعطاء كفيل بنفسه يحضره في مجلس القضاء، وتجوز عند الصاحبين.

وعند الشافعية: تصح ببدن من عليه عقوبة آدمي كالقصاص وحد القذف، ولا تصح ببدن من عليه حد لله تعالى كالزنا والخمر.

(بدائع الصنائع ٦/ ٨، وحاشية ابن عابدين ٥/ ٢٩٧، والشرح الكبير للدردير وحاشيته ٣/ ٣٤٤، والمواق ٥/ ١٠٥، وروضة الطالبين ٤/ ٢٥٣، ونهاية المحتاج ٤/ ٤٣١، ومطالب أولي النهى ٣/ ٣١٦).

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ٦٣: «ولا تصح ببدن من عليه حد أو قصاص، هذا المذهب وعليه الأصحاب، وقال الشيخ تقي الدين: تصح، واختاره في الفائق». وانظر: الآثار في أول الفصل.

(١) لزوجها.

(٢) لأن الذي عليهما ليس بمالي، ولا يمكن استيفاؤه من الكفيل. (كشاف القناع ٣/ ٣٧٦).

(٣) لأنه لا يمكن تسليمه.

(٤) لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه. (المصدر السابق).

(٥) لأنها جمعت تعليقًا وتوقيتًا وكلاهما صحيح مع الانفراد، فكذا مع الاجتماع. (المصدر السابق).

وكذا يصح إلى الحصاد والجذاذ؛ لأنه تبرع من غير عوض جعل له أجل لا يمنع من حصول المقصود منه، وأولى من السلم إلى الحصاد ونحوه.

---

[١] في/ ف بلفظ: (ولا إلى مجهول).

[٢] في/ س بلفظ: (يوي).

وَيُعْتَبَر رِضَىٰ الـكَفِيـلِ، لاَ مَكْفُولٍ بِهِ فَإِنْ مَاتَ أَوْ تَلَفَتْ الـعَيْنُ بِفِعْلِ اللهِ تعالى،

(**ويعتبر رضى الكفيل**) لأنه لا يلزمه الحق ابتداء إلا برضاه[1]، (**لا**) رضى (**مكفول به**)[2] أوله كالضمان[3]، (**فإن مات**)[4] المكفول برئ الكفيل؛ لأن الحضور سقط عنه[5]، (**أو تلفت العين بفعل الله تعالى**) قبل

---

(١) كالضامن باتفاق الأئمة كما تقدم في الضمان.

(٢) في الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ٧٠: «ولا يصح إلا برضا الكفيل بلا نزاع، وفي رضا المكفول به، وهو المكفول عنه وجهان:

أحدهما: يعتبر رضاه ـ لأن مقصودها إحضاره، فإذا تكفل بغير إذنه لم يلزمه الحضور معه. . .

والوجه الثاني: لا يعتبر رضاه ـ كالضامن ـ وهو المذهب على ما اصطلحناه» اهـ.

(٣) تقدم في الضمان: أنه لا يعتبر رضا المضمون له عند جمهور العلماء، خلافًا لأبي حنيفة.

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٧٠: «ولا يعتبر رضا المكفول له؛ لأنها وثيقة له لا قبض فيها، فصحت من غير رضاه كالشهادة، ولأنها التزام حق من غير عوض، فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر».

(٤) شرع المؤلف رحمه الله في بيان ما يبرأ به الكفيل.

(٥) بدائع الصنائع ٦/ ٤، والتاج والإكليل ٥/ ١٠٥، وتحفة المحتاج ٥/ ٢٥٨، وكشاف القناع ٣/ ٣٧٨.

وفي كشاف القناع: «سواء توانى الكفيل في تسليمه حتى مات أو لا. . . ولو قال الكفيل: إن عجزت عن إحضاره كان علي القيام بما أقر به، فقال ابن نصر الله: لم يبرأ بموت الكفيل، ولزمه ما عليه».

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ٧٥: «إذا مات المكفول به برئ =

أَوْ سَلَمَ نَفْسَهُ بَرِئَ الكَفِيلُ.

المطالبة(١) برئ الكفيل؛ لأن[١] تلفها بمنزلة موت المكفول به، فإن تلفت بفعل آدمي فعلى المتلف بدلها ولم يبرأ الكفيل(٢).

(**أو سلم**) المكفول (**نفسه**(٣) **برئ الكفيل**)؛ لأن الأصيل[٢] أدى ما على الكفيل أشبه ما لو قضى المضمون عنه الدين(٤)، وكذا يبرأ الكفيل إذا أسلم[٣] المكفول بمحل العقد وقد حل الأجل أو لا[٤] بلا ضرر(٥) في قبضه

= الكفيل على الصحيح من المذهب.... وقيل: لا يبرأ مطلقًا فيلزمه الدين... واختاره الشيخ تقي الدين ذكره عنه في الفائق. وقيل: إن توانى في تسليمه حتى مات لم يبرأ، وإلا برئ» اهـ.

(١) لا بعد طلبه بها.

(٢) في الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ٧٦: «وأما إذا تلفت العين بفعل الله تعالى، فالصحيح من المذهب: أن الكفيل يبرأ. جزم به في الهداية، والمُذْهَب والمستوعب...

وقيل: لا يبرأ، وأطلقهما في الفروع» اهـ.

(٣) لرب الحق في محل التسليم وأجله.

(٤) فيبرأ الكفيل ببراءة المكفول.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ٧٨: «وأما إذا سلم المكفول به نفسه في محله، فإن الكفيل يبرأ قولاً واحدًا».

(٥) فإن حصل ضرر لغيبة حجة، أو لم يكن يوم مجلس الحاكم، أو الدين مؤجل لا يمكن اقتضاؤه منه، ونحوه لم يبرأ الكفيل، وإن أحضره بعد حلول الأجل برئ مطلقًا.

---

[١] في/ ف بلفظ: (لتلفها)، وفي/ س بلفظ: (لأنها).

[٢] في/ س، ف بلفظ: (الأصل).

[٣] في/ ط، هـ، م، ف بلفظ: (سلم).

[٤] في/ س بلفظ: (أو بلا ضرر).

. . . .

وليس [ثم][1] يد حائلة ظالمة(١)، وإن تعذر إحضار المكفول مع حياته(٢) أو غاب ومضى زمن يمكن إحضاره فيه، ضمن ما عليه(٣)(٤) إن لم يشترط

---

(١) في الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ٧١: «ومتى أحضر المكفول به وسلمه برئ إلا أن يحضره قبل الأجل وفي قبضه ضرر. وإذا أحضر المكفول به وسلمه بعد حلول الأجل برئ على الصحيح من المذهب.

وعنه - أي الإمام أحمد - لا يبرأ حتى يتبرأ منه، قال ابن أبي موسى: لا يبرأ حتى يقول: برئت إليك منه. . .

وقال بعض الأصحاب منهم المصنف - ابن قدامة - والشارح: إذا امتنع من تسلمه أشهد على امتناعه رجلين وبرئ، وقال القاضي: يرفعه إلى الحاكم فيسلمه إليه، فإن لم يجد حاكمًا أشهد شاهدين على إحضاره وامتناع المكفول له من قبوله.

تنبيه: حكم ما إذا أحضره قبل حلول الأجل ولا ضرر في قبضه حكم ما إذا أحضره بعد حلول الأجل خلافًا ومذهبًا على ما تقدم.

فائدة: يتعين إحضاره مكان العقد على الصحيح من المذهب.

وقيل: يتعين فيه إن حصل ضرر في غيره، وإلا فلا.

وقيل: يبرأ ببقية البلد اختاره القاضي وأصحابه.

قال الشيخ تقي الدين: إن كان المكفول في حبس الشرع فسلمه إليه فيه برئ، ولا يلزمه إحضاره عند أحد من الأئمة، ويمكنه الحاكم من الإخراج ليحاكم غريمه ثم يرده. هذا مذهب الأئمة كمالك وأحمد وغيرهما» اهـ.

(٢) بأن اختفى أو غاب وغير ذلك.

(٣) في كشاف القناع ٣/ ٣٧٩: «فإن المكفول به غائبًا غيبة تُعْلم غير منقطعة، بأن غاب بموضع معلوم أمهل الكفيل بقدرما يمضي إلى محل المكفول به ويحضره».

(٤) أي ضمن ما عليه من الدين أو عوض العين، وكذا إن امتنع الكفيل من =

---

[١] ساقط من / ف.

. . . .

البـراءة منه[١]، ومن كفله اثنان فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر[٢]، وإن سلم نفسه برءا[٣].

* * *

= إحضاره لزمه ما عليه، أو لم يعلم خبره؛ لقوله ﷺ: «**الزعيم غارم**» تقدم تخريجه في الضمان.

(١) أي من الدين عند تعذر إحضار المكفول؛ لعموم قوله ﷺ: «**المسلمون على شروطهم**».

(٢) في كشاف القناع ٣/ ٣٨١: «لأن إحدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء، فلم تنحل الأخرى كما لو أبرأ أحدهما».

(٣) في كشاف القناع ٣/ ٣٨١: «لأنه أدى ما يلزم الكفيلين لأجله، وهو إحضار نفسه فبرئت ذمتهما، وإن كفل واحد غريمًا لاثنين فأبرأ الكفيل أحدهما لم يبرأ الآخر؛ لأن عقد الواحد مع اثنين بمنزلة عقدين».

* * *

. . . .

باب الحوالة

باب الحوالة

مشتقة من التحول[1]؛ لأنها تحول الحق من ذمة إلى ذمة أخرى،

(١) الحوالة لغة: اسم من أحال غريمه إذا أبعده عن نفسه ووجهه إلى غريم آخر، أو من حول الشيء تحويلاً إذا نقله من موضع إلى آخر. (لسان العرب ١١/ ١٩٠، والمصباح ١/ ١٩٠).

وفي المغرب ص (١٣٤): «أصل التركيب دال على الزوال والنقل».

وفي المطلع ص (٢٤٩): «قال ابن فارس: هي من قولك: تحول فلان عن داره إلى مكان كذا وكذا، فكذلك الحق تحول من ذمة إلى ذمة، وقال صاحب المستوعب: الحوالة مشتقة من التحول؛ لأنها تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه».

وفي الاصطلاح: نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى.

وهذا باتفاق الفقهاء إلا ما حكي عن محمد بن الحسن: أنها نقل المطالبة مع بقاء الدين.

(رد المحتار ٤/ ٢٨٨، ومنح الجليل ٣/ ٢٨٨، وأسنى المطالب ٢/ ٢٣٠، وشرح المنتهى ٢/ ٢٥٦، وكشاف القناع ٣/ ٣٧٠).

وهي ثابتة بالسنة والإجماع والنظر:

أما السنة: فلما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: **«مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع»**. متفق عليه، ولأحمد: **«ومن أحيل بحقه على مليء فليحتل»**. =

. . . .

. . . .

= والإجماع منعقد على جوازها . (الشرح الكبير ٥/ ٥٤).

وقال في الإفصاح ١/ ٣٨٣ : «واتفقوا على براءة ذمة المحيل إذا كان للمحيل على المحال عليه دين ورضي المحتال والمحال عليه» .

وأما النظر : فالقياس على الكفالة بجامع أن كلاً من المحال عليه والكفيل قد التزم ما هو أهل لالتزامه وقادر على تسليمه ، وكلاهما طريق لتيسير استيفاء الحق ، فلا تمتنع هذه كما لم تمتنع تلك .

واختلف العلماء في حقيقة الحوالة :

فالمذهب : أنها عقد إرفاق بنفسه ، وليست بيعًا ، بل تشبه المعاوضة ؛ لأنها دين بدين ، وتشبه الاستيفاء لبراءة المحيل بها .

وعند أكثر المالكية والشافعية والظاهرية : أنها بيع دين بدين جوز لحاجة الناس إليها مسامحة وإرفاقًا . (انظر : المصادر السابقة) .

وقال شيخ الإسلام في كتابه القياس ص ١١ : «إن الحوالة من جنس إيفاء الحق لا من جنس البيع ، فإن صاحب الحق إذا استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاء ، فإذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدين عن الدين الذي له في ذمة المحيل ؛ ولهذا ذكر النبي ﷺ الحوالة في معرض الوفاء ، فقال في الحديث الصحيح : «**مطل الغني ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع**» . فأمر المدين ونهاه عن المطل وبين أنه ظالم إذا مطل وأمر الغريم بقبول الوفاء إذا أحيل على مليء ، وهذا كقوله تعالى : ﴿**فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ**﴾ ، أمر المستحق أن يطالب بالمعروف ، وأمر المدين أن يؤدي بإحسان ، ووفاء الدين ليس هو البيع الخاص وإن كان فيه شوب المعاوضة» .

وقال أيضًا : «إن بيع الدين بالدين ليس فيه نص عام ولا إجماع ، وإنما ورد النهي عن بيع الكالئ بالكالئ وهو المؤخر الذي لم يقبض بالمؤخر الذي =

. . . .

وَلاَ تَصِح إلاَّ عَلَىٰ دَيْنٍ مُسْتَقِرٍ

وتنعقد بـ: «أحلتك وأتبعتك بدينك على فلان ونحوه»(١).

و(**لا تصح**) الحوالة (**إلا على دين مستقر**)(٢)؛ إذ مقتضاها إلزام المحال عليه بالدين مطلقًا(٣)، وما ليس بمستقر عرضة للسقوط(٤)، فلا تصح على مال كتابة(٥)، . . . .

= لم يقبض، وهذا كما لو أسلم شيئًا في الذمة، وكلاهما مؤخر فهذا لا يجوز بالاتفاق».

(١) في كشاف القناع ٣/ ٣٨٣: «وتصح الحوالة بلفظها كأحلتك بدينك على فلان، أو معناها الخاص كاتبعتك بدينك على فلان ونحوه لدلالته على المقصود».

(٢) والمراد بالمستقر: الدين الذي لا يتطرق إليه فسخ بتلف مقابله، أو فواته بأي سبب كان.

(٣) سواء رضي المحال عليه أو لا، فسخ العقد أو لا.

(٤) وهذا هو المذهب.

وعند الشافعية: أن الدين غير المستقر في الذمة نوعان:

الأول: ما يحتمل أن يتطرق إليه الانفساخ بسبب تعذر حصوله لانقطاعه وامتناع الاعتياض عنه، وذلك مخصوص بدين السلم، وهذا الدين لا تصح الحوالة عليه في الأصح عندهم.

الثاني: ما يحتمل أن يتطرق إليه الانفساخ بسبب تلف مقابله كالمهر قبل الدخول وقبل الموت، والأجرة قبل استيفاء المنفعة أو قبل مضي المدة، والثمن قبل قبض المبيع وما شاكل ذلك فهذه ديون غير مستقرة تصح الحوالة عليها.

(٥) أي فلا تصح حوالة سيد على مال الكتابة؛ لعدم استقراره، فللعبد أن يمتنع من أدائه ويعجز نفسه، وتصح على غير مال الكتابة، كبدل قرض وثمن مبيع لاستقراره.

. . . .

. . . .

أو سلم(١) أو صداق قبل دخول(٢) أو ثمن مدة خيار ونحوها(٣).

وإن أحاله[١] على من لا دين عليه فهي وكالة(٤)، والحوالة على ماله في

---

(١) أي لا تصح الحوالة على مسلم فيه؛ لعدم استقراره. وتقدم في آخر باب السلم.

(٢) أي لا تصح الحوالة على صداق قبل الدخول ونحوه مما يقرر الصداق؛ لعدم استقراره، وتصح بعد الدخول.

(٣) في كشاف القناع ٣/ ٣٨٤: «أو أحال البائع بثمن المبيع على المشتري في مدة الخيار أي خيار المجلس أو الشرط».

وفي حاشية العنقري ٢/ ١٩١: «ونحوها كأجرة قبل استيفاء المنافع إن كانت على عمل، وقبل فراغ المدة إن كانت على مدة».

وعند الشافعية: يشترط أن يكون المحال عليه لازمًا، وأرادوا به ما لا يدخله خيار، وألحقوا باللازم ما كان آيلاً إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار؛ لأنه يؤول إلى اللزوم بنفسه والخيار عارض، فيعطى حكم اللزوم.

(فتح العزيز ١٠/ ٣٤١، وأسنى المطالب ٤/ ٢٣٠).

(٤) فالمذهب، وهو قول الجمهور: يشترط في المحال عليه أن يكون دينًا ثابتًا في ذمة المحال عليه، فلا تصح الحوالة عندهم على عين سواء أكانت أمانة أم مضمونة.

فإن أحاله على من لا دين عليه فهو وكالة بالاقتراض على المذهب.

وعند المالكية: كفالة.

وعند الشافعية: قضاء لدين الغير إن تطوع المحال عليه بالأداء.

وأما الحنفية: فلا يشترط عندهم في المحال عليه أن يكون دينًا، فيصح أن يكون دينًا أو عينًا.

(تبيين الحقائق ٤/ ١٧٣، وشرح الخرشي ٦/ ١٧، وأسنى المطالب ٢/ ٢٣١، وكشاف القناع ٣/ ٣٧٢).

---

[١] في/ م، س، ف: (أحال).

وَلاَ يُعْتَبَرُ اسْتِقْرَارُ المُحَالِ فِيهِ، وَيُشْتَرَطُ اتِّفَاقُ الدَيْنَينِ جِنْسًا

الديوان أو الوقف إذن في الاستيفاء[١].

(**ولا يعتبر استقرار المحال**[٢] **فيه**)[٣]، فإن أحال المكاتب سيده[٤] أو الزوج زوجته[٥] صح لأن له تسليمه، وحوالته تقوم مقام تسليمه.

(**ويشترط**) أيضًا للحوالة (**اتفاق الدينين**) أي تماثلهما (**جنسًا**) كدنانير بدنانير أو دراهم بدراهم، فإن أحال من عليه ذهب بفضة أو عكسه

---

(١) مثاله: حوالة ناظر وقف بعض المستحقين على من عنده شيء من ريع الوقف كأجرة وخراج فإنه إذن في الاستيفاء وليس حوالة، فله اختيار الرجوع ومطالبة الناظر.

(٢) في بعض المطبوعات بلفظ: (المحال به).

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية؛ لما علل به المؤلف.
وعند الحنفية والشافعية، يشترط أن يكون لازمًا، واللازم عند الحنفية: هو الذي لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء.
وعند الشافعية: اللازم ما لا يدخله خيار، وألحقوا باللازم ما كان آيلاً للزوم كالثمن في مدة الخيار (المصادر السابقة).

(٤) صحت الحوالة بمال المكاتب على المذهب، وبرئت ذمة المكاتب بالحوالة، ويكون ذلك بمنزلة القبض.

(٥) في كشاف القناع ٣/ ٣٨٤: «أو أحال الزوج امرأته بالصداق قبل الدخول، أو أحال المشتري البائع بثمن المبيع في مدة الخيارين صح ذلك؛ لأن المدين له تسليم الدين قبل استقراره، وحوالته به تقوم مقام تسليمه».

وَوَصْفًا وَوَقْتًا وَقَدْرًا.

لم يصح(١).

(ووصفًا) كصحاح بصحاح أو مضروبة[١] بمثلها، فإن اختلفا لم يصح، (ووقتًا) أي حلولاً أو تأجيلاً أجلاً واحدًا، فلو كان أحدهما حالاً، والآخر مؤجلاً، أو أحدهما يحل بعد شهر والآخر بعد شهرين [لم تصح][٢](٢)، (وقدرًا) فلا يصح بخمسة على ستة لأنها إرفاق كالقرض فلو

---

(١) فالمذهب، ومذهب الشافعية: يشترط تساوي الدينين في الجنس والصفة.
وعند بعض الشافعية: لا يشترط التساوي في الصفة إذا كان التفاوت لمصلحة المحال؛ لأن المحيل متبرع بالزيادة على سبيل إحسان القضاء.
وعند الحنفية: لا تشترط المماثلة بالكلية.
جاء في أسنى المطالب ٢/ ٢٣١: «لأن الحوالة ليست على حقيقة المعاوضات، وإنما هي معاوضة إرفاق جوزت للحاجة فاعتبر فيها الاتفاق كما في القرض»، وفي شرح المنتهى ٢/ ٢٥٦: «لأنها عقد إرفاق كالقرض فلو جوزت مع الاختلاف لصار المطلوب منها الفضل فتخرج عن موضوعها».
وعند المالكية: يمنع التحول على الأعلى صفة قولاً واحدًا، وأما التحول على الأدنى صفة ففيه خلاف عندهم بين الجواز والمنع.
ومحل المنع عندهم: إذا لم يحصل القبض بين المحال والمحال عليه قبل التفرق. (المصادر السابقة).

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية يشترط التساوي في الحلول والأجل؛ للتعليل المتقدم. (المصادر السابقة).
وعند المالكية: يشترط أن يكون المحال عليه حالاً، ولا يشترط حلول المحال به. (الخرشي على خليل ٤/ ٢٣٤).

---

[١] في/ هـ، س بلفظ: (مصريه).

[٢] ساقط من/ س.

وَإِذَا صَحَّتْ نُقِلَ الحَقُّ إِلىٰ ذِمَّةِ المُحَالِ عَلَيْهِ وَبَرِئَ المُحِيلُ.

جوزت مع الاختلاف لصار المطلوب فيها الفضل فتخرج عن موضوعها.

(**ولا يؤثر الفاضل**) في بطلان الحوالة، فلو أحال[١] بخمسة من عشرة على خمسة، أو بخمسة على خمسة من عشرة صحت(١) لاتفاق ما وقعت فيه[٢] الحوالة، والفاضل باق بحاله لربه.

(**وإذا صحت**) الحوالة بأن اجتمعت شروطها (**نقل الحق إلى ذمة المحال عليه وبرئ المحيل**)(٢) بمجرد الحوالة، فلا يملك المحتال الرجوع على المحيل

---

(١) وهذا هو المذهب، ، ومذهب الشافعية؛ لما علل به المؤلف، وتقدم عن الحنفية: عدم اشتراط التماثل.

وعند المالكية: يمنع التحول على الأكثر قدراً قولاً واحداً، وأما التحول على الأقل قدراً ففيه خلاف عندهم بين الصحة وعدمها.

ومحل المنع عند المالكية إذا لم يحصل قبض بين المحال والمحال عليه قبل التفرق.

ولا خلاف عند المالكية في صحة الحوالة مع التفاوت في القدر إذا وقعت بلفظ الإبراء من الزيادة والحوالة بالباقي كما لو قال الدائن: بألف أبرأتك من ثلاثمائة، وأحلني على مدينك فلان بالباقي.

(شرح الخرشي ٤/ ٢٣٥، ونهاية المحتاج ٤/ ٤١٢، والجيرمي على المنهج ٣/ ٢٢، والإنصاف ٥/ ٢٢٧).

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لقوله ﷺ: «**وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع**». متفق عليه، وهذا من غير فصل بين توى وغيره، ولا يوجد مخصص لهذا العموم.

ولما ورد أن حَزْنًا جد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه =

---

[١] في/ ف بلفظ: (حاله)، وفي/ م بلفظ: (احال).

[٢] في/ س بلفظ: (في).

. . . .

بحال، سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أوموت أو غيرها[١](١)، وإن تراضى المحتال والمحال عليه على خير من الحق أو دونه في

= دين فأحاله به، فمات المحال عليه فأخبره، فقال: اخترت علينا أبعدك الله». رواه ابن حزم ٨/ ١٠٩.

وعند المالكية: بمجرد الحوالة يتحول الدين إلى ذمة المحال عليه، وتبرأ ذمة المحيل نهائيًا، فلا رجوع على المحال بسبب فلس المحال عليه، ولو كان هذا الفلس قائمًا عند الحوالة ولا بجحده للدين بعد الحوالة، إلا إذا شرط المحال الرجوع عند العجز عن الوصول إلى الحق فله شرطه؛ إذ المسلمون عند شروطهم، وكذا إذا غر المحيل المحال بأن علم أو ظن ظنًا قويًا فقر المحال عليه فكتمه عن المحال؛ لأنه بمنزلة البائع يدلس عيب المبيع.

وعند الحنفية: للمحال الرجوع على المحيل في حالة التوى، والتوى: عجز المحال من الوصول إلى حقه من طريق المحال عليه؛ كموت المحال عليه، أو جحده، أو تفليس القاضي له؛ لما روي عن عثمان رضي الله عنه في المحال عليه إذا مات مفلسًا: «أنه يعود الدين إلى ذمة المحيل، وقال: ليس على مال امرئ مسلم توى». رواه البيهقي ٦/ ٧١، وضعفه.

وعللوا: أن المقصود بالحوالة أن ينوب الثاني عن الأول في الإيفاء، لا مجرد نقل الوجوب من ذمة إلى ذمة، إذ الذمم لا تتفاوت في أصل الوجوب، هذا ما تعارفه الناس، وما تعارفوه فهو كالمشروط، نظير ذلك أن يهلك المبيع قبل قبضه، أو يخرج مستحقًا، أو به عيب.

(فتح القدير ٥/ ٤٤٨، وتبيين الحقائق ٤/ ١٧٢، وشرح الخرشي ٤/ ٢٣٦، ومغني المحتاج ٢/ ١٩٦، والإنصاف ٥/ ٢٢٩).

(١) في كشاف القناع ٣/ ٣٨٦: «فلا رجوع له على المحيل، ولو مات المحال عليه، أو أفلس، أو جحد بعد ذلك»، ويأتي قول المؤلف: «وإن كان المحال عليه مفلسًا. . .».

---

[١] في / ف بلفظ: (غيرهما).

وَيُعْتَبَرُ رِضَاهُ

الصفة أو تعجيله أو تأجيله أو عوضه[١] جاز(١).

(ويعتبر) لصحة الحوالة **(رضاه)** أي المحيل؛ لأن الحق عليه فلا يلزمه أداؤه من جهة الدين على المحال عليه، ويعتبر أيضًا علم المال(٢)، وأن يكون مما يثبت مثله في الذمة(٣) بالإتلاف من[٢] الأثمان والحبوب ونحوها(٤).

---

(١) وقد نص على ذلك الحنفية والحنابلة، وإن كان العوضان يجري بينهما ربا النسيئة وجب التقابض في المجلس.

(انظر: المبسوط ٢٠/ ٤٧، والفروع ٢/ ٦٢٦، ومطالب أولي النهى ٣/ ٣٢٥).

(٢) وهذا هو المذهب، وقول للحنفية، وهو مذهب المالكية والشافعية؛ لما علل به المؤلف، ولأنه مخير في قضاء الدين فلا تتعين عليه جهة قهرًا.

وعند الحنفية في قول لهم: أنه لا يشترط رضى المحيل؛ لعدم ضرر المحيل.

(انظر: فتح القدير ٥/ ٤٤٤، وحاشية ابن عابدين ٤/ ٢٨٩، والخرشي على خليل ٤/ ٢٣٢، ومغني المحتاج ٢/ ١٩٢، وكشاف القناع ٣/ ٣٨٦).

(٣) لا خلاف بين الفقهاء في صحة الحوالة بالدين، أو الحوالة عليه إن كان مثليًا، وعند جمهور أهل العلم: تصح الحوالة بالدين القيمي، أو الحوالة عليه إذا كان يضبط بالصفة كالمسلم فيه؛ لأن ماله صفة ضابطة اكتفي بذلك.

وعند بعض الشافعية: يشترط كون المحال، أو المحال عليه مثليًا.

وعند بعض الشافعية أيضًا: اشتراط الثمنية.

(بداية المجتهد ٢/ ٢٩٩، ونهاية المحتاج ٤/ ٤١١، ومغني المحتاج ٢/ ١٩٤، وكشاف القناع ٣/ ٣٨٦).

(٤) مما يصح السلم فيه كالمعدود والمزروع.

---

[١] في/ س بلفظ: (عرضه).

[٢] في/ س بلفظ: (ومن).

لاَ رِضَا المُحَالِ عَلَيْهِ، وَلا رِضَا المُحْتَالِ عَلَىٰ مَلِيءٍ.

(**ولا**) يعتبر (**رضا المحال عليه**)؛ لأن للمحيل أن يستوفي الحق بنفسه وبوكـيله[١] وقد أقام المحتال مقام نفسه في القبض فلزم المحال عليه الدفع إليه(١).

(**ولا رضا المحتال**) إن أحيل[٢] (**على مليء**)(٢) ويجبر على اتباعه

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أنه لا يشترط رضا المحال عليه؛ لما علل به المؤلف، ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع**». متفق عليه، ولم يقل ﷺ: «على مليء راض».

وعند الحنفية: يشترط رضا المحال عليه؛ لأن الناس يتفاوتون في تقاضي ديونهم رفقًا وعنفًا، ويسراً وعسراً، فلا يلزم من ذلك بما لم يلتزمه. (المصادر السابقة).

(٢) وهذا هو المذهب: أنه لا يعتبر رضا المحال إذا أحيل على مليء؛ لما استدل به المؤلف.

ولأن للمحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله، وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقبيض فلزم المحتال القبول، كما لو وكل رجلاً في إيفائه.

وعند جمهور أهل العلم: اشتراط رضا المحال؛ لأن الدين حقه فلا ينتقل من ذمة إلى ذمة إلا برضاه، إذ الذمم تتفاوت يساراً وإعساراً، وبذلاً ومطلاً، وتتأثر بذلك قيمة الدين، ولا سبيل إلى إلزامه بتحمل ضرر لم يلتزمه.

واشترط أبو حنيفة: أن يكون رضا المحال في مجلس العقد، فلو كان =

---

[١] في/ ف بلفظ: (وبوكيل).

[٢] في/ س بلفظ: (أحله).

. . . .

لحديث أبي هريرة يرفعه: «**مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع**». متفق عليه، وفي لفظ: «**من أحيل بحقه على مليء فليحتل**»(١).

والمليء: القادر بماله وقوله وبدنه[١]، فما له القدرة على الوفاء، وقوله أن لا يكون[٢] مماطلاً، وبدنه إمكان حضوره، إلى مجلس الحاكم، قاله

= غائبًا عن مجلس العقد وبلغه خبر الحوالة فأجازها لم تنفذ؛ لأنها لم تنعقد أصلاً، إذ إن رضا المحال عنده ركن، وعند أبي يوسف ليس بشرط.

(فتح القدير ٥/ ٤٤٤، وشرح الخرشي على مختصر خليل ٤/ ٢٣٢، والمهذب ١/ ٣٣٧، والفروع ٣/ ٦٢٦، وقواعد ابن رجب ص ٣٢، والإنصاف ٥/ ٢٢٨).

والمذهب وهو قول للمالكية: يشترط ملاءة المحال عليه إذا أجبر المحال على الحوالة.

ولم يشترط الحنفية والشافعية: ملاءة المحال عليه، وتقدم أنهم يشترطون رضا المحال. (المصادر السابقة).

(١) اللفظ الأول أخرجه البخاري ٣/ ٥٥ ـ الحوالة ـ باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة، وباب إذا حال على مليء فليس له رد، مسلم ٣/ ١١٩٧ ـ المساقاة ـ ح ٣٣.

وأما اللفظ الثاني: «**من أحيل بحقه على مليء فليحتل**» فأخرجه أحمد ٢/ ٤٦٣، ابن أبي شيبة ٧/ ٧٩ ـ البيوع ـ باب في مطل الغني ودفعه ـ ح ٢٤٤٥، البخاري في التاريخ الكبير ٥/ ٢٣٩، البيهقي ٦/ ٧٠ ـ الحوالة ـ باب من أحيل على مليء فليتبع.

---

[١] في/ س بلفظ: (وبدونه).

[٢] في/ ف بلفظ: (أن يكون).

وَإِنْ كَانَ مُفْلِسًا وَلَمْ يَكُنْ رَضِي رَجَعَ بِهِ

الزركشي[(١)].

(**وإن كان**) المحال عليه (**مفلسًا**[(٢)] **ولم يكن**) المحتال (**رضي**) بالحوالة عليه[(٣)] (**رجع بـه**) أي بدينه على المحيل[(٤)]؛ لأن الفلس عيب ولم يرض به فاستحق الرجوع كالمبيع المعيب[(٥)]، فإن رضي بالحوالة عليه فلا رجوع له إن[1] لم يشترط الملاءة لتفريطه[(٦)].

---

(١) وتبعه أكثر الأصحاب، وعلى هذا:
فلا يصح أن يحيل ولد على أبيه إلا برضا الأب؛ لأنه لا يملك مطالبة أبيه، قال ابن نصر الله: هذه المسألة لم يذكرها أحد ممن تقدم من الأصحاب، وظاهره صحة الحوالة على أمه ولو بغير رضاها.
وأيضًا: لا يلزم قبول الحوالة على أبيه.
ولا يلزم قبول الحوالة على من في غير بلده.
ولا يلزم قبول الحوالة على ذي شوكة. (مطالب أولي النهى ٣/ ٣٢٧).
ومتى لم يكن المحال عليه قادرًا بماله، وقوله، وبدنه لم يلزم الاحتيال عليه؛ لما في ذلك من الضرر على المحال.

(٢) أي غير قادر على الوفاء بماله، أو كان مماطلاً، أو بان ميتًا.

(٣) أي على المحال عليه لفلسه، أو موته، أو جحده، أو مطله.

(٤) ولا يجبر على اتباعه؛ لأن النبي ﷺ إنما أمر بالحوالة على مليء. (المغني ٧/ ٦٢).

(٥) وفي المغني ٧/ ٦٢: «أما إذا لم يرض المحتال بالحوالة، ثم بان المحال عليه مفلسًا أو ميتًا رجع على المحيل بغير خلاف».

(٦) في الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ١٠٦: «لو رضي بالحوالة ولم يشترط اليسار وجهله، أو ظنه مليئًا فبان مفلسًا برئ المحيل على الصحيح من المذهب، ويحتمل أن يرجع وهو رواية عن أحمد» اهـ. =

---

[١] في/ س بلفظ: (لأن لم).

وَمَنْ أُحِيلَ بِثَمَنِ مَبِيعٍ أَوْ أُحِيلَ بِهِ عَلَيْهِ فَبَانَ الْبَيْعُ بَاطِلاً فَلاَ حِوَالَة، وإِذَا فَسَخَ الْبَيْعَ لَمْ

(ومن أحيل بثمن مبيع) بأن أحال[١] المشتري البائع به على من له عليه دين فبان البيع باطلاً فلا حوالة(١)، (أو أحيل به) أي بالثمن (عليه) بأن أحال البائع على المشتري بدينه بالثمن (فبان البيع باطلاً) بأن بان[٢] المبيع مستحقًا أو حرًا أو خمرًا (فلا حوالة)(٢)؛ لظهور أن لا ثمن على المشتري لبطلان البيع.

والحوالة فرع على لزوم الثمن(٣) ويبقى الحق على ما كان عليه أولاً(٤).

(وإذا فسخ البيع) بتقايل أو خيار عيب أو نحوه(٥) (لم

= وفي الشرح الكبير: «ويحتمل أن يرجع؛ لأن الفلس عيب في الذمة، فأشبه ما لو اشترى شيئًا يظنه سليمًا فبان معيبًا».

(١) في الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ١٠٧: «بلا نزاع».

(٢) في الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ١٠٧: «بلا نزاع».

(٣) فيبطل لبطلان أصله.

(٤) فيرجع مشتر على من كان دينه عليه في المسألة الأولى، وعلى محال عليه في الثانية لا على بائع؛ لأن الحوالة لما بطلت وجب الحق على ما كان بإلغاء الحوالة.

(٥) في كشاف القناع ٣/ ٣٨٨: «وإن فسخ البيع بعيب أو تدليس ونحوه، أو إقالة، أو خيار، أو انفسخ النكاح بعد الحوالة بالصداق بما يسقطه أو ينصفه ونحوه كإجارة بعد الحوالة بإجارتها بعد قبض المحتال مال الحوالة لم تبطل الحوالة».

---

[١] في/ ف بلفظ: (حال).

[٢] في/ ف بلفظ: (كان).

تَبْطُلْ، وَلَهُمَا أَنْ يُحِيلا.

تبطل)(١) الحوالة؛ لأن عقد البيع لم يرتفع فلم يسقط الثمن فلم تبطل الحوالة، وللمشتري الرجوع على البائع؛ لأنه لما رد العوض[١] استحق الرجوع بالعوض(٢).

(**ولهما أن يحيلا**)(٣) أي للبائع أن يحيل المشتري على [من][٢] أحاله المشتري عليه في الصورة [الأولى][٢](٤)، وللمشتري أن يحيل المحتال عليه على البائع في الثانية(٥).

---

(١) في الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ١٠٩: «إما أن يكون بعد قبض المحتال مال الحوالة، أو قبله، فإن كان بعد القبض لم تبطل الحوالة قولاً واحداً...

وإن كان قبل القبض لم تبطل الحوالة أيضًا على الصحيح من المذهب سواء أحيل على المشتري بثمن المبيع، أو أحال به كما لو أعطى البائع بالثمن عرضًا...

وفي الشرح الكبير: لأن المشتري عوَّض البائع عما في ذمته ما له في ذمة المحال عليه ونقل حقه نقلاً صحيحًا.

وقال القاضي: تبطل الحوالة، ويعود المشتري إلى ذمة المحال عليه، ويبرأ البائع فلا يبقى له دين ولا عليه؛ لأن الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ فيجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به» اهـ.

(٢) والرجوع في عينه متعذر للزوم الحوالة فوجب في بدله، وإذا لزم البدل وجب على البائع؛ لأنه هو الذي انتفع بمبدله.

(٣) أي في صورة فسخ البيع. (حاشية العنقري ٢/ ١٩٥).

(٤) وهي ما إذا كان المشتري أحال البائع؛ لأن دين البائع ثابت على من أحاله المشتري، فصحت الحوالة عليه كسائر الحقوق. (المصدر السابق).

(٥) وهي ما إذا كان البائع أحال المشتري بالثمن لاستقرار الدين عليه كما تقدم. (المصدر السابق).

---

[١] في/ هـ بلفظ: (المعوض).

[٢] ساقط من / س.

. . . .

وإذا اختلفا فقال: أحلتك، قال: بل وكلتني، أو بالعكس(١)، فقول مدعي الوكالة(٢)، [١وإن اتفقا على أحلتك أو أحلتك بديني وادعى أحدهما إرادة الوكالة ١] صدق(٣)، وإن اتفقا على أحلتك بدينك، فقول مدعي الحوالة(٤).

وإذا طالب الدائن المدين، فقال: أحلت فلانًا الغائب، وأنكر رب المال، قبل قوله مع يمينه ويعمل بالبينة(٥).

* * *

---

(١) بأن قال: وكلتك، فقال: بل أحلتني.

(٢) هذا هو المذهب؛ لأنه يدعي بقاء الحق على ما كان، وينكر انتقاله، والأصل معه.

واختار القاضي: أن القول قول مدعي الحوالة.

وإن كان لأحدهما بينة حكم بها؛ لأن اختلافهما في اللفظ، وهو مما يمكن إقامة البينة عليه. (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ١١٢).

(٣) وهذا هو المذهب؛ لأن الأصل بقاء حق المحيل على المحال عليه، والمحتال يدعي نقله، والمحيل ينكره.

والوجه الثاني: أن القول قول مدعي الحوالة صوبه المرداوي؛ لأن الظاهر معه، فإن اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره. (المصدر السابق).

(٤) في الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ١١٩: «وإن قال: أحلتك بدينك فقول مدعي الحوالة وجهًا واحدًا، يعني إذا اتفقا على ذلك، وادعى أحدهم أنه أريد به الوكالة وأنكر الآخر، فالقول قول مدعي الحوالة لا أعلم فيه خلافًا، وقطع به الأصحاب».

وفي الشرح الكبير: «لأن الحوالة بدينه لا تحتمل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها».

(٥) أي إن أقامها من قال: أحلت علي فلانًا.

[١ ـ ١] ساقط من/ ش.

باب الصلح

باب الصلح[١]

هو لغة: قطع المنازعة، وشرعًا: معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين متخاصمين[٢].

(١) وأحكام الجوار.
والصلح: اسم مصدر صالحه مصالحة وصلاحًا، وهو التوفيق، كما يطلق ويراد به السلم وإنهاء الخصومة والحرب، كما يطلق ويراد به التئام شعب القوم المتصدع.
والإصلاح: مصدر أصلح، وهو خلاف الإفساد، يقال: أصلح الشيء أزال فساده.
والمصالحة: مصدر صالح، وهي ضد المخاصمة، وهي: المسالمة والمصافاة بعد المنازعة.
(المطلع ص (٢٥٠)، والمصباح المنير ١/ ١٣٢، وطلبة الطلبة ص (٢٩٢)، والمعجم الوسيط ١/ ٥٣٩).

(٢) وعند الحنفية كما في الدر المختار ٨/ ٢٢٩: «عقد يرفع النزاع، ويقطع الخصومة».
وعند المالكية كما في شرح حدود ابن عرفة ص ٤٣٩: «انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه».
وعند الشافعية كما في روضة الطالبين ٣/ ٤٢٧: «العقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين». =

. . . .

. . . .

= والصلح مشروع في الكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾.

وقوله تعالى: ﴿لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾.

ومن السنة: حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: «**الصلح جائز بين المسلمين**».

وفي رواية: «**إلا صلحًا حرم حلالاً أو أحل حرامًا**». يأتي تخريجه أول الفصل القادم.

وأصلح النبي ﷺ بين بني عمرو بن عوف. رواه البخاري.

وعليه بوب البخاري: باب ما جاء في الإصلاح بين الناس.

وقال عمر رضي الله عنه: «ردوا الخصوم حتى يصطلحوا؛ فإن فصل القضاء يحدث بين الناس الضغائن». رواه البيهقي ٦/ ١٠٩، لكنه منقطع.

والإجماع منعقد على مشروعية الصلح في الجملة، وقد حكاه غير واحد من العلماء.

(انظر: المبسوط ٢٠/ ١٣٤، وبدائع الصنائع ٦/ ٤٠، ومغني المحتاج ٣/ ١٦١، وكشاف القناع ٣/ ٣٧٨).

ومع اتفاق العلماء على مشروعية الصلح في الجملة إلا أن عرض الصلح على الخصوم له أحوال:

الأولى: يشرع عرض الصلح على الخصوم إذا لم يتبين وجه الحق في القضية على القاضي، زاد بعض العلماء: ولم يتمكن من مشاورة غيره ولم يوجد قاض غيره.

الثانية: يشرع عرض الصلح على الخصوم ولو تبين وجه الحق إذا كانت بين ذوي رحم أو ذوي فضل، أو خشي فتنة من فصل الخصومة بالقضاء.

الثالثة: من تدخل للإصلاح أو اختاره الخصوم للإصلاح فهذا يبحث عن=

. . . .

. . . .

والصلح في الأموال قسمان[١]: على إقرار[1] وهو المشار إليه بقوله:

= طريق للإصلاح بغض النظر تبين له الحكم أم لا لأنه مصلح، وليس بقاض.

الرابعة: في غير ما تقدم من الحالات وقد تبين وجه الحق في القضية:

فجمهور أهل العلم: أن القاضي لا يعرض الصلح إلا برضا الخصوم؛ لقوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ فوصف الله جنس الصلح بأنه خير، ولا يكون خيراً إلا إذا لم يتبين وجه الحق، أو برضاهم إذا تبين.

وعند الشافعية: يجوز عرض الصلح على الخصوم مطلقًا تبين وجه الحق أم لا.

واستدلوا: بقصة الزبير بن العوام مع صاحبه الأنصاري، رواه البخاري. حيث عرض النبي ﷺ الصلح أولاً مع علمه بالخصم، وكذا قصة كعب بن مالك مع ابن أبي حدرد. متفق عليه.

ونوقش: بأن الخصوم من أهل الفضل.

(شرح تحفة الحكام ١/ ٢٦، وتبصرة الحكام ١/ ٤٣، وآداب القاضي لابن القاص ١/ ١٩٥، وشرح المنتهى ٣/ ٥١٨).

(١) فالمقصود بهذا الباب صلح الأموال، وإلا فالصلح أنواع:

١ ـ بين المسلمين وأهل الحرب وتقدم في الجهاد.

٢ ـ صلح بين أهل العدل والبغي ويأتي في قتال أهل البغي.

٣ ـ صلح بين زوجين خيف الشقاق بينهما ويأتي في باب عشرة النساء.

٤ ـ صلح بين متخاصمين في غير مال.

٥ ـ صلح في الأموال وهو المقصود هنا.

والحقوق نوعان:

حقوق الله كالصلاة والزكاة والحدود وغيرها، فلا مدخل للصلح بينهما.

وحقوق للآدمي فهي التي تقبل الصلح والإسقاط والمعاوضة على ما يأتي. (إعلام الموقعين ١/ ١٠٨).

[1] في/ ش بلفظ: (الإقرار).

إِذَا أَقَرَّ لَهُ بِدَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ فَأَسْقَطَ أَوْ وَهبَ البَعْضَ وَتَرَكَ البَاقِي صَحَّ

(**إذا أقر له**(١) **بدين أو عين فأسقط**) عنه من الدين بعضه (**أو وهب**[١]) من العين (**البعض وترك الباقي**) ، أي[٢] لم يبرئ منه ولم يهبه (**صح**) ؛ لأن الإنسان لا يمنع من إسقاط بعض حقه، كما [لا يمنع][٣] من استيفائه ؛ لأنه ﷺ كلم غرماء جابر ليضعوا عنه(٢) .

ومحل[٤] صحة ذلك إن لم يكن بلفظ الصلح(٣)، فإن وقع بلفظه لم

---

(١) فصلح الإقرار جائز باتفاق الأئمة .
والقسم الثاني : الصلح عن إنكار .
وقيل : القسم الثالث : الصلح عن سكوت، ويأتي .

(٢) أي من الدين الذي كان على أبيه .
والحديث أخرجه البخاري ٣/ ٢١ ـ البيوع ـ باب الكيل على البائع والمعطى، ٣/ ٨٤ ، ٨٦ ـ الاستقراض ـ باب إذا قضى دون حقه أو حلله فهو جائز، وباب إذا قاص أو جازفه في الدين تمرًا بتمر، وباب الشفاعة في وضع الدين، ٣/ ١٣٨ ـ الهبة ـ باب إذا وهب دينًا على رجل ٣/ ١٧١ ـ الصلح ـ باب الصلح بين الغرماء، ٣/ ١٩٩ ـ الوصايا ـ باب قضاء الوصي ديون الميت، ٤/ ١٧٢ ـ المناقب ـ باب علامات النبوة في الإسلام، ٥/ ٣٢ ـ المغازي ـ باب ﴿إِذْ هَمَّتْ طَائِفَتَانِ مِنكُمْ أَن تَفْشَلَا وَاللَّهُ وَلِيُّهُمَا﴾ ، أحمد ٣/ ٣١٣، ٣٦٥، ٣٧٣، ٣٩١ .

(٣) وصلح الإقرار ينقسم إلى قسمين :
الأول : صلح عن أعيان، وهو نوعان :
الأول : أن يكون الصلح على العين المدعاة (على جنس الحق) كأن =

---

[١] في/ م، ف بلفظ : (رهن).

[٢] في / س بلفظ : (إن).

[٣] ساقط من / ف، وفي/ س بلفظ : (لم يمنع).

[٤] في/ س بلفظ : (ومحله).

. . . .

. . . .

= يدعي عليه عينًا فيقر المدعى عليه ثم يصالحه على بعضها كنصفها أو ثلثها . . .

فالمذهب يصح بشرط أن لايكون ذلك بلفظ الصلح، أو يشترطاه بأن يقول المقر له أبرأتك، أو وهبتك بشرط أن تعطيني كذا من العين، أو يمنعه حقه إلا بالإبراء أو الهبة، وأن يكون من جائز التبرع؛ لما علل به المؤلف.

وعند أكثر العلماء: يصح الصلح سواء كان بلفظ الهبة أو بلفظ الصلح؛ لأن الخاصية التي يفتقر إليها لفظ الصلح وهي سبق الخصومة قد حصلت.

(درر الحكام ٤/ ٣٩، والخرشي على خليل ٦/ ٣، والمهذب ١/ ٣٤٠، ونهاية المحتاج ٤/ ٣٧٢، والمبدع ٤/ ٢٧٩، وشرح المنتهى ٢/ ٢٦٠).

النوع الثاني: أن يكون الصلح على غير العين المدعاة (على غير جنس الحق)، كأن يدعي عليه داراً فيقر المدعى عليه، ثم يصالحه على ثوب أو دار أخرى، وهذا جائز باتفاق الأئمة ويعتبر بيعًا تشترط فيه شروط البيع وإن عقد بلفظ الصلح؛ لأنه مبادلة مال بمال وتتعلق به جميع أحكام البيع كالرد بالعيب وحق الشفعة والمنع من التصرف قبل القبض.

ولو صالحه عن العين المدعاة على منفعة أخرى كما إذا ادعى على رجل شيئًا فأقر به، ثم صالحه على سكنى داره أو ركوب دابته فلا خلاف بين الفقهاء في جواز هذا الصلح وأنه إجارة تترتب عليه أحكام الإجارة؛ لأن العبرة بالمعاني فوجب حمل الصلح على الإجارة لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بعوض. (المصادر السابقة).

القسم الثاني: صلح عن ديون وهو نوعان:

النوع الأول: صلح الإسقاط، وذلك أن يدعي عليه دينًا فيقر له به، فيسقط عنه بعضه.

فالمذهب: أنه يصح بشرط أن لا يكون بلفظ الصلح، أو يشترطاه بأن يقول المقر له: أبرأتك أو وهبتك بشرط أن تعطيني كذا من الدين أو يمنعه حقه=

. . . .

إنْ لَمْ يَكُنْ شَرَطَاهُ

يصح لأنه صالح عن بعض ماله ببعض فهو هضم للحق، ومحله أيضًا (**إن لم يكن شرطاه**) بأن يقول: بشرط أن تعطيني كذا، أو على أن تعطيني أو تعوضني كذا ويقبل على ذلك فلا يصح[1]؛ لأنه يقتضي المعاوضة فكأنه عاوض بعض حقه ببعض، واسم «يكن» ضمير الشأن[2]، وفي بعض

= إلا بالإسقاط، وأن يكون من جائز التبرع؛ لما علل به المؤلف.

وعند جمهور أهل العلم: أن هذا صلح جائز؛ إذ هو أخذ لبعض حقه، وإسقاط للبعض الآخر.

ونص الشافعية: أنه يصح بلفظ الصلح.

(البحر الرائق ٧/ ٢٥٩، ومواهب الجليل ٥/ ٨٢، ونهاية المحتاج ٤/ ٣٧٤، والمبدع ٤/ ٢٧٩، وشرح المنتهى ٢/ ٢٦٠).

والنوع الثاني: صلح المعاوضة، وهو الذي يكون على غير الدين المدعى، بأن يقر له بدين في ذمته ثم يتفقان على تعويضه عنه، ويأتي آخر الفصل. (المصادر السابقة).

(١) في كشاف القناع ٣/ ٣٩١: «ويصح ما ذكر من الإبراء والهبة إن لم يكن بشرط مثل أن يقول: أبرأتك أو وهبتك على أن تعطيني الباقي، فإن فعل ذلك لم يصح؛ لما يأتي في الهبة من أنه لا يصح تعليقها ولا تعليق الإبراء بشرط، أو يمنعه أي لا يصح الإبراء والهبة إذا منعه المقر حقه بدون الإبراء أو الهبة فلا يصح لأنه من أكل أموال الناس بالباطل، ولا يصح ما ذكر من الإبراء والهبة».

(٢) أي في قول الماتن: «إن لم يكن شرطاه».

وضمير الشأن فيهما عني به المبرئ أو الموهوب، ومعنى كونه لا يصلح بلفظ الصلح أو الشرط المذكور أن رب الحق له المطالبة بجميع الحق بعد وقوع ذلك، ولا يصح في حقه.

وَلا يَصِحُ تَبَرُّعُهُ

النسخ: إن لم يكن شرطًا، أي بشرط، ومحله أيضًا أن لا يمنعه حقه بدونه، وإلا بطل لأنه أكل لمال[١] الغير بالباطل(١).

(و) محله أيضًا أن لا يكون ممن (**لا يصح**[٢] **تبرعه**) كمكاتب وناظر وقف وولي صغير ومجنون لأنه تبرع، وهؤلاء لا يملكونه(٢) إلا إن أنكر من عليه الحق ولا بينة(٣)؛ لأن استيفاء البعض عند العجز عن استيفاء الكل أولى من تركه(٤).

---

(١) ومتى اصطلحا ثم بعد ذلك ظهرت بينة فاختار شيخ الإسلام نقض الصلح؛ لأنه إنما صالح مكرهًا في الحقيقة إذ لو علم البينة لم يسمح بشيء من حقه.

(٢) في كشاف القناع ٣/ ٣٩٢: «كالوكيل في استيفاء الحقوق لأنه تبرع».

(٣) لمدعيه؛ فيصح الصلح.

(٤) في حاشية العنقري ٢/ ١٩٧: «قال بعض المحققين: انظر لو ادعى ولي صغير حقًا له وأقام به شاهدًا واحدًا، أو ادعى عليه وأقام المدعي شاهدًا واحدًا هل يجوز للولي المصالحة له أو عنه إذا رآه مصلحة أم لا؟ ومال إلى الجواز لمصلحة، أقول: هذا منه قصور إذ عبارة الإقناع ناطقة بأن له المصالحة في المسألة الثانية؛ لأن البينة قد تمت وهي الشاهد واليمين.

وأما المسألة الأولى فلا يخلو إما أن يكون التصرف من الولي أو لا، فإن كان منه توجهت اليمين إليه وحلف ولم يصالح قطعًا، وإن كان من غيره كمورثه توجهت اليمين إلى المولى عليه ويحلف إذا بلغ، ولا يصح الصلح إلا إن خيف من التأخير الفوات، فيتوجه القول بما مال إليه، وفي كلام شيخ الإسلام ما يرشد إلى ذلك» اهـ.

---

[١] في/ س، ف بلفظ: (المال).

[٢] في/ س بلفظ: (يصلح).

وَإِنْ وَضَعَ بَعْضَ الدَّينِ الحَالِّ وَأَجَّلَ بَاقِيهِ صَحَّ الإِسْقَاطُ فَقَط .

(**وإن وضع**) رب دين (**بعض**[١] **الدين** [**الحال**][٢] **وأجل**[٣] **باقيه صح الإسقاط فقط**)؛ لأنه أسقط عن طيب نفسه ولا مانع من صحته، ولم يصح التأجيل لأن الحال لا يتأجل(١) .

وكذا لو صالحه عن[٤] مائة صحاح بخمسين مكسرة فهو إبراء من الخمسين ووعد في الأخرى(٢) ما لم يقع بلفظ الصلح فلا يصح(٣) كما تقدم .

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لما علل به المؤلف .
وعند الحنفية والمالكية: يصح الإسقاط والتأجيل، واختاره شيخ الإسلام، قال ابن القيم: «وهو الصواب بناء على صحة تأجيل القرض والعارية». وقد تقدم ذلك في باب القرض .
(البحر الرائق ٧/ ٢٥٩، والتاج والإكليل ٥/ ٨٢، وأسنى المطالب ٢/ ٢١٦، والمبدع ٤/ ٢٨٠، وإعلام الموقعين ٣/ ٣٧٠) .
(٢) والوعد لا يلزم الوفاء به، لكن يكره ترك الوفاء، وهذا هو المذهب . (شرح المنتهى ٣/ ٤٥٦) .
وعند شيخ الإسلام يجب الوفاء بالوعد . (الاختيارات ص ٣٣١) .
(٣) وهذا هو المذهب؛ لأن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة، وتقدم قريبًا الصحة بلفظ الصلح .

---

[١] لفظ: «بعض» مكرر من/ م، ف .
[٢] ساقط من/ س .
[٣] في/ م، ف بلفظ: (أو أجل) .
[٤] في/ ظ بلفظ: (على) .

وَإِنْ صَالَحَ عَنِ المُؤَجَّلِ بِبَعْضِهِ حَالاً

(**وإن صالح عن المؤجل ببعضه حالاً**) لم يصح[١] في غير الكتابة[٢]؛

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم من الحنفية والمالكية والشافعية؛ لما علل به المؤلف.

وعلل الشافعية: أنه ترك بعض المقدار ليحصل الحلول في الباقي، والصفة بانفرادها لا تقابل بعوض، ولأن صفة الحلول لا يصح إلحاقها بالمؤجل، وإذا لم يحصل ما ترك من القدر لأجله لم يصح الترك.

وعن الإمام أحمد وهو قول ابن عباس وإبراهيم النخعي وهو اختيار شيخ الإسلام وابن القيم: أنه يصح.

قال ابن القيم في إعلام الموقعين ٣/ ٣٧١: «لأن هذا عكس الربا، فإن الربا يتضمن الزيادة في أحد العوضين في مقابلة الأجل، وهذا يتضمن براءة ذمته من بعض العوض في مقابلة سقوط الأجل فسقط بعض العوض في مقابلة سقوط بعض الأجل فانتفع به كل واحد منهما، ولم يكن هنا ربا لا حقيقة ولا لغة ولا عرفًا فإن الربا زيادة، وهي منتفية هاهنا، والذين حرموا ذلك إنما قاسوه على الربا، ولا يخفى الفرق الواضح بين قوله: إما أن تربي وأما أن تقضي، وبين قوله: عجل لي وأهب لك مائة، فأين أحدهما من الآخر فلا نص في تحريم ذلك ولا إجماع ولا قياس صحيح».

(تبيين الحقائق ٥/ ٤٣، والزرقاني على خليل ٦/ ٣، وروضة الطالبين ٤/ ١٩٦، والمبدع ٤/ ٢٧٩، والاختيارات ص ١٣٤، وإعلام الموقعين ٣/ ٣٧١).

(٢) فالمذهب ومذهب الحنفية؛ لا يصح الصلح عن دين مؤجل ببعضه حالاً إلا في دين الكتابة.

وعلل الحنفية؛ لأن معنى الإرفاق بين المكاتب وسيده أظهر من معنى المعاوضة، فلا يكون هذا من مقابلة الأجل ببعض المال.

وعلل الحنابلة: أن الربا لا يجري بين السيد ورقيقه. (المصادر السابقة).

....

أَوْ بِالعَكْسِ، أَوْ أَقَرَّ لَهُ بِبَيْتٍ فَصَالَحَهُ عَلَىٰ سُكْنَاهُ، أَوْ يَبْنِي لَهُ فَوْقَهُ غُرْفَةً

لأنه يبذل القدر الذي يعطه عوضًا عن تعجيل ما في ذمته[١]، وبيع الملول والتأجيل لا يجوز.

(**أو بالعكس**) بأن صالح عن الحال ببعضه مؤجلاً لم يصح إن كان بلفظ الصلح كما تقدم، [٢ فإن كان بلفظ الإبراء ونحوه صح الإسقاط دون التأجيل وتقدم(١) ٢]، (**أو أقر له ببيت**) ادعاه (**فصالحه على سكناه**) ولو مدة معينة كسنة(٢)، (**أو**) على أن (**يبني له** [**فوقه**][٣] **غرفة**)(٣)، أو صالحه على بعضه[٤] لم يصح الصلح(٤)؛ لأنه صالحه عن ملكه أو منفعته، وإن

---

(١) قريبًا وأن مذهب الحنفية والمالكية صحة الإسقاط والتأجيل، وهو اختيار شيخ الإسلام وابن القيم.

(٢) وهذا هو المذهب؛ لأنه صالحه عن ملكه على منفعة ملكه، فكأنه ابتاع داره بمنفعتها، وهو لا يجوز.

وعند الشافعية في الأصح: يجوز ويعتبر إعارة وتثبت فيه أحكامها.

(المهذب ١/ ٢٤٠، والمبدع ٤/ ٢٨١، وشرح المنتهى ٢/ ٢٦١).

وتقدم قريبًا ما لو صالحه عن العين المدعاة على منفعة عين أخرى.

(٣) أي أو صالح صاحب بيت أقر له به المدعي عليه أن يبني له فوقه غرفة لم يصح لأنه صالح عن ماله على ماله.

(٤) أي أو صالحه عن بيت أقر له به على بعضه لم يصح الصلح، وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف. (كشاف القناع ٣/ ٣٩٣).

وتقدم أنه إذا صالح عن العين المدعاة ببعضها صح الصلح.

---

[١] في/ س بلفظ: (الذمة).

[٢-٢] ساقط من/ ف.

[٣] ساقط من/ ف.

[٤] في/ س بلفظ: (بعض).

أَوْ صَالَحَ مُكَلَّفًا لِيُقِرَّ لَهُ بِالعُبُودِيةِ، أَوْ امْرَأَةً لِتُقِرَّ لَهُ بِالزَّوْجِيـــةِ بِعِوَضٍ لَمْ يَصِحِ.

فعل ذلك كان تبرعًا متى شاء أخرجه(١)، وإن فعله على سبيل المصالحة معتقدًا وجوبه عليه بالصلح رجع عليه بأجرة ما سكن وأخذ ما كان بيده من الدار؛ لأنه[١] أخذه بعقد فاسد(٢)، **(أو صالح مكلفًا ليقر له بالعبودية)** [أي][٢] بأنه مملوكه لم يصح، **(أو)** صالح[٣] **(امرأة لتقر له بالزوجية بعوض لم يصح)** الصلح(٣)؛ لأن ذلك [صلح][٤] يحل حرامًا(٤)؛ لأن

---

(١) كالعارية. (المصدر السابق).

(٢) في كشاف القناع ٣/ ٣٩٣: «وإن أعطاه بعض داره بناء على هذا الصلح لم يلزم الإعطاء لترتبه على الصلح الفاسد فمتى شاء المقر له انتزعه منه، وإن فعل المقر له ذلك أي ما ذكر بأن أسكنه البيت أو أعطاه بعضه أو بنى له فوقه غرفة على سبيل المصالحة معتقدًا أن ذلك وجب عليه بالصلح رجع المقر له عليه أي على المقر بأجرة ما سكن... وإن بنى المقر فوق البيت غرفة بناء على السطح أجبر أي المقر على نقضها؛ لأنه وضعها بغير حق، وأجبر أيضًا على أداء أجرة السطح مدة مقامه في يده؛ لأنه بيده بعقد فاسد، وله أي المقر أخذ آلته التي بنى بها الغرفة لبقائها في ملكه، وإن اتفقا على أن يصالحه صاحب البيت عن بنائه بعوض جاز» اهـ.

(٣) قال في الإنصاف مع الشرح ١٣/ ١٣٦: «قوله: وإن صالح إنسانًا ليقر له بالعبودية، أو امرأة لتقر له بالزوجية لم يصح بلا نزاع أعلمه».

(٤) ويأتي قوله ﷺ: «**إلا صلحًا أحل حرامًا، أو حرم حلالاً**».

---

[١] في/ س بلفظ: (لأن).

[٢] ساقط من/ ف.

[٣] في/ ف بزيادة لفظ: (أو).

[٤] ساقط من/ ف.

وَإِنْ بَذَلاَهُمَا لَهُ صُلْحًا عَنْ دَعْوَاهُ صَحَّ، وَإِنْ قَالَ: أَقِرَّ لِي بِدَيْنِي وَأَعْطِيكَ مِنْهُ كَذَا فَفَعَلَ، صَحَّ الإِقْرَارُ لاَ الصُّلْحَ.

إرقاق النفس وبذل المرأة نفسها بعوض لا يجوز، (**وإن بذلاهما**) أي دفع المدعي عليه العبودية والمرأة المدعى عليها الزوجية عوضًا (**له**) أي للمدعي (**صلحًا عن دعواه صح**)(١)؛ لأنه[١] يجوز أن يعتق عبده، ويفارق امرأته بعوض، ومن علم بكذب دعواه لم يبح له أخذ[٢] العوض؛ لأنه أكل لمال الغير بالباطل.

(**وإن قال: أقر [لي]**[٣] **بديني وأعطيك منه كذا ففعل**) أي فأقر[٤] بالدين (**صح الإقرار**)(٢)؛ لأنه أقر بحق يحرم عليه إنكاره و(**لا**) يصح (**الصلح**)؛ لأنه يجب عليه الإقرار بما عليه من الحق فلم يحل له أخذ العوض عليه، فإن أخذ شيئًا رده(٣)، وإن صالحه عن الحق بغير جنسه(٤)،

---

(١) أي الصلح قطعًا للخصومة وإزالة للشر عنه، ليقر أنها غير زوجته، أو ليقر لها بالطلاق.

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ١٣٧: «ومتى صالحته على ذلك، ثم ثبتت الزوجية بإقرارها أو ببينة، فإن قلنا: الصلح باطل، فالنكاح باق بحاله؛ لأنه لم يوجد من الزوج طلاق، أو خلع، وإن قلنا: هو صحيح احتمل ذلك أيضًا لما ذكرنا، واحتمل أن تبين منه بأخذ العوض».

(٢) لوجوبه عليه، فلا يجوز أن يعتاض عنه.

(٣) لأنه تبين كذبه بإقراره، فأخذ له من أكل أموال الناس بالباطل.

(٤) وهذا هو النوع الثاني من قسمي الإقرار، وهو أن يكون الصلح على غير العين أو الدين المدعاة (على غير جنس الحق).

---

[١] في/ س بلفظ: (لا يجوز).

[٢] في/ س بلفظ: (آخر).

[٣] ساقط من/ ط، س، هـ.

[٤] في/ س بلفظ: (أي اقر).

. . . .

كما لو اعترف له بعين أو دين[١] فعوضه عنه ما يجوز تعويضه(١) فإن كان بنقد عن نقد، فصرف(٢)، وإن [كان][٢] بعرض[٣] فبيع يعتبر له ما يعتبر فيه(٣) ويصح بلفظ صلح(٤) وما يؤدي معناه(٥).

وإن كان بمنفعة كسكنى دار فإجارة(٦)، وإن[٤] صالحت المعترفة بدين

---

(١) خرج ما لا يجوز تعويضه كالكلب.

(٢) مثل أن يقر له بمائة درهم فيصالحه عنها بعشرة دنانير مثلاً أو بالعكس، فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من التقابض في المجلس ونحوه، وهذا باتفاق الأئمة.

(تحفة الفقهاء ٣/ ٤٢٤، ومجمع الأنهر ٢/ ٣١٥، ومواهب الجليل ٥/ ٨١، والخرشي على خليل ٦/ ٣، والمهذب ١/ ٣٤٠، ونهاية المحتاج ٤/ ٣٧٣، وشرح المنتهى ٢/ ٢٦٢).

(٣) أي وإن كان الصلح بعرض، بأن يقر له بعرض كثوب فيصالحه عن العرض بنقد، أو يقر له بنقد فيصالحه عن النقد بعرض كثوب فبيع له أحكام البيع باتفاق الأئمة. (المصادر السابقة).

(٤) في حاشية العنقري ٣/ ١٩٩: «أي يصح الصلح عن مقر به على غير جنسه بلفظ الصلح بخلاف النوع الأول، والفرق: أن المعاوضة عن الشيء ببعضه محظورة لا بغيره».

(٥) كلفظ هبة وبيع. (حاشية العنقري ٢/ ٢٠٠).

(٦) يثبت لها حكم سائر الإجارات باتفاق الأئمة، وتقدم ذلك عند قول المؤلف: «إذا أقر له بدين أو عين فأسقط . . . إن لم يكن بلفظ الصلح».

---

[١] في/ ظ بلفظ: (بدين أو عين).

[٢] ساقط من/ م.

[٣] في/ س، ظ بلفظ: (بعوض).

[٤] لفظ: (وإن) مكرر في/ ف.

. . . .

أو عين بتزويج نفسها صح ويكون صداقًا[١]، وإن صالح عما في الذمة بشيء في الذمة لم يجز التفرق قبل القبض لأنه بيع دين بدين[٢].

وإن صالح عن دين بغير جنسه جاز مطلقًا[٣]، وبجنسه لا يجوز بأقل أو أكثر على وجه المعاوضة[٤]، ويصح الصلح عن مجهول تعذر علمه من

---

(١) في كشاف القناع ٣/ ٣٩٥: «لأن عقد التزويج يقتضي عوضًا، فإذا جعلت ذلك عوضًا عن الحق الذي عليها صح كغيره، ويكون عقد النكاح من الولي بحضرة شاهدي عدل على ما يأتي تفصيله في النكاح ولم ينبهوا عليه لظهوره».

(٢) إذا أقر له بدين في الذمة من نحو قرض أو قيمة متلف فصالحه على موصوف في الذمة من غير جنسه بأن صالحه عن دينار في الذمة بقمح في الذمة، فجمهور أهل العلم وهو المذهب: صحة هذا الصلح، لكن لا يجوز التفرق قبل القبض؛ لما علل به المؤلف.

وعند الشافعية: يشترط تعيين بدل الصلح في المجلس؛ ليخرج عن بيع الدين بالدين، وفي الأصح: لا يشترط القبض إلا إذا كانا ربويين.

(تبيين الحقائق ٥/ ٤٢، والتاج والإكليل ٥/ ٨١، وروضة الطالبين ٤/ ١٩٥، والمبدع ٤/ ٢٨٤).

(٣) في حاشية العنقري ٢/ ٢٠٠: «قوله: مطلقًا: أي بأقل أو أكثر أو مساوٍ، لكن إن اشتركا في علة ربا اشترط القبض قبل التفرق».

(٤) في حاشية العنقري ٢/ ٢٠٠: «وبجنسه. . . إلخ، كقفيز بر ببر أقل منه أو أكثر؛ لإفضائه إلى ربا الفضل، فإن كان بأقل على وجه الإبراء أو الهبة صح، لا بلفظ الصلح».

. . . .

. . . .

دين، أو عين[١] بمعلوم(١)، فإن لم يتعذر علمه فكبراءة من مجهول(٢).

* * *

---

(١) في حاشية العنقري ٢/ ٢٠٠: «أما الدين فكأن يكون بينهما معاملة أو حساب مضى عليه زمن طويل، ولا علم لكل منهما بما عليه لصاحبه، وأما العين فكقفيز حنطة وقفيز شعير اختلطا وطحنا.

قوله: بمعلوم: أي من نقد أو نسيئة، فإن قيل: إذا كان العوض نسيئة يكون بيع دين بدين؟ قلت: الأمر كذلك لكن ظاهر كلامهم أن ما هنا مستثنى» اهـ.

وفي كشاف القناع ٣/ ٣٩٦: «ولأنه إسقاط حق فصح في المجهول كالعتاق والطلاق، ولو قيل بعدم جوازه لأفضى إلى ضياع الحق، والبيع قد يصح في المجهول في الجملة كأساسات الحيطان».

(٢) في كشاف القناع ٣/ ٣٩٦: «فإن أمكن معرفته أي المجهول ولم تتعذر كتركة موجودة صولح بعض الورثة عن ميراثه منها ولم يعرف كميته لم يصح الصلح في ظاهر نصوصه، وهذا ظاهر ما جزم به في الإرشاد وقطع به الشيخان والشرح؛ لعدم الحاجة إليها، وقدم في الفروع والمبدع واقتصر عليه في التنقيح والمنتهى: أنه كبراءه من مجهول، أي إن قلنا بصحة البراءة من المجهول، قال في التلخيص: وقد نزل أصحابنا الصلح عن المجهول المقر به بمعلوم منزلة الإبراء من المجهول فيصح على المشهور لقطع النزاع، وظاهر هذا: لا فرق بين الدين والعين» اهـ.

* * *

---

[١] في جميع النسخ ما عدا/ ف بلفظ: (وعين).

فصل

وَمَنْ ادُّعِيَ عَلَيهِ بِعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ فَسَكَتَ أَوْ أَنْكَرَ وَهُوَ يَجْهَلُهُ ثُمَّ صَالَحَ بِمَالٍ صَحَّ.

فصل(١)

القسم الثاني: صلح على إنكار(٢)، وقد ذكره بقوله: (**ومن ادعي عليه بعين أو دين فسكت**(٣)، **أو أنكر وهو يجهله**[١]) أي يجهل ما ادعي به عليه (**ثم صالح**) عنه (**بمال**) حال أو مؤجل (**صح**)(٤) الصلح لعموم

---

(١) أي في بيان القسم الثاني من قسمي الصلح على مال، وما يتعلق به.

(٢) وهو جائز عند جمهور أهل العلم، وهو المذهب، ويأتي.

(٣) وهو يجهل المدعى عليه به، ثم يصالحه على مال فيصح الصلح، وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ للأدلة الواردة في صحة سكوت الإنكار كما يأتي.

وعند الشافعية وابن حزم: لا يصح الصلح على السكوت؛ لأن جواز الصلح يستدعي حقًا ثابتًا ولم يوجد في موضع السكوت، إذ الساكت يعد منكرًا حكمًا.

(٤) فالمذهب وهو قول جمهور أهل العلم: صحة صلح الإنكار؛ لما استدل به المؤلف، ولعموم أدلة الأمر بالصلح كما تقدم في أول الباب.

ولأن الصلح إنما شرع للحاجة إلى قطع الخصومة، وهذا متحقق عند الإنكار، قال ابن قدامة في المغني ٧/ ٦: «وكذلك إذا حل مع اعتراف =

---

[١] في/ س بلفظ: (يجهلها).

. . . .

قوله ﷺ: «**الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا حرم حلالاً أو أحل حرامًا**». رواه أبو داود والترمذي وقال: حسن صحيح، وصححه الحاكم(١).

ومن ادعي عليه بوديعة أو تفريط فيها أو إقراض[١] فأنكر وصالح على مال فهو جائز. ذكره في «الشرح»(٢) وغيره.

= الغريم فلأن يحل مع جحده وعجزه عن الوصول إلى حقه إلا بذلك أولى».

وعند الشافعية وابن حزم: لا يصح الصلح على الإنكار؛ لأن المدعي إن كان كاذبًا فقد استحل مال المدعى عليه وهو حرام، وإن كان صادقًا فقد حرم على نفسه ماله الحلال؛ لأنه يستحق جميع ما يدعيه، فدخل في قوله ﷺ: «**إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرم حلالاً**».

قال ابن القيم في إعلام الموقعين ٣/ ٣٧٠: «قول من منع الصلح على الإنكار: إنه يتضمن المعاوضة عما لا تصح المعاوضة عليه، فجوابه: أنه افتداء لنفسه من الدعوى واليمين، وتكليف إقامة البينة، وليس هذا مخالفًا لقواعد الشرع، بل حكمة الشرع وأصوله تقتضي ذلك».

وبالقياس على ما لو أنكر الزوج الخلع ثم تصالح مع زوجته على شيء فلا يصح، وعلى ما لو أنكر السيد الكتابة ثم تصالح مع عبده على شيء فلا يصح.

(تحفة الفقهاء ٣/ ٤١٨، والإشراف ٢/ ١٧، وشرح الخرشي ٦/ ٤، والأم ٣/ ٢٢١، والمهذب ١/ ٣٤٠، والمبدع ٤/ ٢٨٥، وشرح المنتهى ٢/ ٢٦٣).

(١) رواه أبو داود من حديث أبي هريرة، ورواه الترمذي من حديث عمرو بن عوف المزني، وقد تقدم تخريجهما، عند الكلام على حديث: «**المسلمون على شروطهم**».

(٢) الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ١٥٥.

---

[١] في/ ط، هـ بلفظ: (قراض)، وفي/ م بلفظ: (اقرض)، وفي/ ز، ف بلفظ: (قرض).

وَهُوَ لِلْمُدَّعِي بَيْعٌ ؛ لأَنَّهُ يَرد مَعِيبَهُ وَيفسَخُ الصُّلْحَ ويؤْخَذُ مِنْهُ بِشُفْعَةٍ، وَلِلآخَرِ

(وهو) أي صلح الإنكار (**للمدعي بيع**[(١)] **لأنه**) يعتقده عوضًا عن ماله، فلزمه حكم اعتقاده، (**يرد معيبه**) أي معيب ما أخذه من العوض[(٢)].

(**ويفسخ الصلح**) كما لو اشترى شيئًا فوجده معيبًا، (**ويؤخذ منه**) العوض إن[1] كان شقصًا (**بشفعة**)؛ لأنه بيع[(٣)]، وإن صالح ببعض عين المدعى به فهو فيه كمنكر[(٤)].

(و) الصلح (**للآخر**) المنكر (**إبراء**)[(٥)]؛ لأنه دفع المال افتداء ليمينه

---

(١) له أحكام البيع.

(٢) أي يرد المدعي معيب ما أخذه من العوض صلحًا عما ادعاه بعيب يجده في العوض كما يرد المبيع بذلك.

(٣) فيعطى أحكام البيع؛ لكونه أخذ الشقص عوضًا فكما لو اشتراه.

(٤) في كشاف القناع ٣/ ٣٩٨: «ولو دفع المدعى عليه المنكر إلى المدعي ما ادعاه أو بعضه مصالحًا به كان المدعي فيه كالمنكر، ولم يثبت فيه حكم البيع ولا الشفعة؛ لأن المدعي يعتقد أنه أخذ ماله أو بعضه مسترجعًا له ممن هو عنده، فلم يكن بيعًا كاسترجاع العين المغصوبة».

(٥) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية: فصلح الإنكار في حق المدعي بيع، وفي حق المدعى عليه إبراء؛ لما علل به المؤلف.

وعند المالكية: فقال ابن رشد في بداية المجتهد ٢/ ٢٩٤: «وأما الصلح على الإنكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه يراعى فيه من الصحة ما يراعى في البيوع».

(مجمع الأنهر ٢/ ٣٠٨، والبحر الرائق ٧/ ٢٥٦، وبداية المجتهد ٢/ ٢٩٤، والمبدع ٤/ ٢٨٦، وشرح المنتهى ٢/ ٢٦٤).

---

[١] في/ س بلفظ: (وإن).

إِبْرَاءٌ فَلا رَدَّ، ولاَ شُفْعَةَ، وَإِنْ كَذَبَ أَحَدُهُمَا لَمْ يَصِحَّ فِي حَقِّهِ بَاطِنًا، وَمَا أَخَذَهُ حَرَامٌ.

وإزالة للضرر عنه(١) لا عوضًا عن حق يعتقده(٢)، (**فلا رد**) لما صالح عنه بعيب يجده فيه (**ولا شفعة**) فيه؛ لاعتقاده أنه ليس بعوض(٣).

(**وإن كذب أحدهما**) في دعواه أو إنكاره وعلم بكذب نفسه (**لم يصح**) الصلح (**في حقه باطنًا**)(٤)؛ لأنه عالم بالحق قادر على إيصاله لمستحقه غير[1] معتقد أنه محق(٥).

(**وما أخذه حرام**) عليه لأنه أكل للمال بالباطل(٦)، وإن صالح عن

---

(١) و قطعًا للخصومة، وصيانة لنفسه عن التبذل وحضور مجلس الحاكم.

(٢) أي حتى يثبت له حكم البيع، بل يعتقد أن لا حق عليه، وإنما دفع الشر عن نفسه بما بذله. (حاشية ابن قاسم ٥/ ١٤٤).

(٣) لاعتقاده على ملكه لم يزل. (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ١٥٤).

(٤) وفي الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ١٥٤: «لأن المدعي إن كان كاذبًا فما يأخذه أكل للمال بالباطل أخذه بشرِّه وظلمه لا عوضًا عن حق... وإن كان المدعى عليه يعلم صدق المدعي وجحده لينتقص حقه أو يرضيه عنه بشيء فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون حرامًا والصلح باطل، وأما الظاهر لنا فهو الصحة؛ لأنا لا نعلم باطن الحال إنما ينبني الأمر على الظاهر، والظاهر من حال المسلمين الصحة».

(٥) لأن من شروط صحة الصلح كما تقدم أن يعتقد المدعي حقيقة ما ادعاه، والمدعى عليه عكسه.

(٦) أي وما أخذه مدع عالم كذب نفسه مما صولح به، أو مدعى عليه ما انتقصه من الحق بجحده فهو حرام؛ لقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ﴾.

---

[١] في/ ف بلفظ: (غيره).

وَلا يَصِحُّ بِعِوَضٍ عِنْ حَدِّ سَرِقَةٍ وَقَذْفٍ

المنكر أجنبي بغير إذنه صح[(١)]، ولم يرجع عليه[(٢)]، ويصح الصلح عن قصاص[(٣)] وسكنى دار[(٤)] وعيب[(٥)] بقليل وكثير.

(ولا يصح) الصلح **(بعوض عن حد سرقة وقذف)** أو

---

(١) أي الصلح سواء كان المدعى به دينًا أو عينًا، وكله في الصلح عنه، لفعل علي وأبي قتادة حيث قضيا الدين عن الميت، وأقرهما النبي ﷺ؛ ولأنه قصد براءته وقطع الخصومة عنه أشبه ما لو قضى دينه. (كشاف القناع ٣/ ٣٨٦، وشرح المنتهى ٢/ ٢٦٤).

(٢) لأنه أدى عنه ما لم يلزمه فكان متبرعًا كما لو تصدق عنه، فإن أذن المنكر للأجنبي في الصلح أو الأداء عنه رجع عليه إن نوى الرجوع. (المصادر السابقة). وانظر ما تقدم في آخر الرهن.

(٣) باتفاق الأئمة، وسواء كان العوض ماليًا أو غير مالي؛ لأن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له القصاص على هدبة بن خشرم سبع ديات ولم يقبلها.

ولأن الحكمة من مشروعية القصاص المحافظة على حياة الناس، واستئصال كل ما من شأنه إثارة الفتن والأحقاد، وهذا يحصل بالصلح بين الجاني وأولياء المجني عليه.

(بدائع الصنائع ٧/ ٢٥٠، ودرر الحكام ٢/ ٩٤، ومغني المحتاج ٤/ ٤٩، وشرح المنتهى ٢/ ٢٦٤).

(٤) أي ويصح الصلح عن سكنى دار ونحوها كأن يبيع زيد على عمر داره، ويشترط سكناها سنة فيصالحه عنها.

(٥) أي يصح الصلح عن عيب في المبيع أو عوضه بقليل أو كثير، من نقد أو عرض، مؤجل أو حال.

وَلاَ حَقٍّ شُفَعَةٍ

غيرهما[١]؛ لأنه ليس بمال ولا يؤول إليه، (ولا) عن (حق شفعة) أو خيار[٢] لأنهما لم يشرعا لاستفادة مال، وإنما شرع الخيار للنظر في الأحظ والشفقة لإزالة الضرر بالشركة[٣].

---

(١) كزنا وشرب ليطلقه.

قال ابن القيم في إعلام الموقعين ١/ ١٠٨: «الحقوق نوعان: حق لله، وحق للآدمي، فحق الله لا مدخل للصلح فيه كالحدود والزكوات والكفارات ونحوها، وإنما الصلح بين العبد وربه في إقامتها لا في إهمالها، ولهذا لا يقبل في الحدود، وإذا بلغت السلطان فلعن الله الشافع والمشفع، وأما حقوق الآدميين فهي تقبل الصلح واللإسقاط والمعاوضة».

(٢) قال في الإنصاف مع الشرح ١٣/ ١٦٤: «وإن صالح سارقًا وكذا شاربًا ليطلقه، أو شاهدًا ليكتم شهادته، أو لئلا يشهد عليه، أو ليشهد بالزور، أو شفيعًا عن شفعته، أو مقذوفًا عن حده لم يصح الصلح بلا نزاع، وكذا لو صالحه بعوض عن خيار».

وانظر أيضًا: (بدائع الصنائع ٦/ ٤٨، والمبدع ٤/ ٢٩٠، وشرح المنتهى ٢/ ٢٦٦).

وفي القواعد والأصول الجامعة للسعدي ص (٦٩): «فيصلح الصلح مع الإقرار بالحق ومع إنكاره، . . . وكذلك على الصحيح حق الشفعة وخيار الشرط لعموم هذا الحديث».

(٣) وفي كشاف القناع ٣/ ٤٠١: «فإذا رضي بالعوض تبينا أن لا ضرر فلا استحقاق فيبطل العوض لبطلان معوضه، نقل ابن منصور: الشفعة لا تباع ولا توهب، وأما الخلع فهو معاوضة عما ملكه بعوض، وهاهنا بخلافه».

. . . .

وتَركِ شَهَادَةٍ، وتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ وَالحَدُّ

(و) لا عن (ترك شهادة) بحق أو باطل[١]، (وتسقط الشفعة) إذا صالح عنها لرضاه يتركها ويرد العوض، (و) كذا حكم (الحد) والخيار[٢]، وإن صالحه على أن يجري على أرضه أو سطحه ماء معلومًا صح لدعاء الحاجة إليه[٣].

---

(١) بلا نزاع كما تقدم النقل عن الإنصاف.

(٢) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وفي الإنصاف مع الشرح ١٣/ ١٦٥: «وقيل: لا تسقط - أي الشفعة - اختاره القاضي وابن عقيل... ويأتي ذلك أيضًا في كلام المصنف في باب الشفعة في الشرط الثالث...

وأما سقوط حد القذف فأطلق المصنف فيه وجهين... وهما مبنيان عند أكثر الأصحاب على أن حد القذف هل هو حق لله أو للآدمي؟ وفيه روايتان... فإن قلنا: هو حق لله لم يسقط وإلا سقط.

والصحيح من المذهب: أنه حق للآدمي فيسقط الحد هنا».

(٣) فالمذهب، وهو مقتضى قول الحنفية والشافعية: أن الشخص يمنع من إجراء الماء في أرض غيره سواء كان جارًا أم لا لضرورة أم لا إلا بإذن؛ لحديث عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «**لا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه**». متفق عليه، فنهى النبي ﷺ عن الانتفاع بمال الغير إلا بإذن.

ولأن إجراء الماء في أرض الجار كالحمل على بهيمته فلم يجز إلا بإذن، وفي رواية عن الإمام مالك وأحمد واختاره شيخ الإسلام: يجوز إجراء الماء في أرض الجار إذا كان المجري محتاجًا، ولم يكن في إجرائه ضرر على صاحب الأرض، فإن امتنع أجبر؛ لحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه مرفوعًا: «لا ضرر ولا ضرار»، فمنع الجار من الانتفاع بملك جاره مع حاجته ضرر عليه، ولإجبار عمر بن الخطاب رضي الله عنه محمد بن مسلمة على =

. . . .

فإن كان بعوض مع بقاء ملكه فإجارة وإلا فبيع[١]، ولا يشترط في الإجارة هنا بيان المدة للحاجة[٢]، ويجوز شراء ممر في ملكه وموضع في

= إجراء الماء في أرضه لجاره الضحاك بن خليفة». رواه مالك في الموطأ بسند صحيح.

ولأن المجاورة توجب لكل من الجارين من الحق ما لا يجب للأجنبي، فيباح الانتفاع بملك الجار الخالي عن ضرر الجار، وهذا هو الأقرب.

(الخراج لأبي يوسف ص (١٠٠)، والمدونة ٤/ ٣٧٥، والمنتقى للباجي ٦/ ٤٦، وروضة الطالبين ٤/ ٢٢١، والفروع ٤/ ٢٧٢، والإنصاف ٥/ ٢٤٨، ومجموع الفتاوى ٣٠/ ١٦).

(١) ويشترط في هذا الصلح:

١ـ أن يكون السطح معلومًا إما بالمشاهدة أو معرفة المساحة؛ لأن الماء يختلف بصغر السطح وكبره، ولا ضبطه بغير ذلك.

٢ ـ يشترط معرفة الموضع الذي يجري منه الماء إلى السطح أو إلى الأرض دفعًا للجهالة. (المغني ٧/ ٢٧، وكشاف القناع ٣/ ٤٠٢).

(٢) وهذا هو المذهب، لدعاء الحاجة إلى ذلك.

وعند الشافعية: يشترط بيان قدر المدة إن كانت الإجارة مقدرة بها. (المصادر السابقة للشافعية والحنابلة).

مسألة: وإذا كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجرًا أو عارية مع إنسان لم يجز أن يصالح على إجراء الماء عليه؛ لأنه يتضرر بذلك، ولم يؤذن له فيه.

وأما الأرض المستأجرة أو المعارة فلا تخلو من حالتين:

الأولى: أن يكون فيها ساقية محفورة فيجوز للمستعير أو المستأجر أن =

. . . .

وَإِنْ حَصَلَ غُصْنُ شَجَرَتِهِ فِي هَوَاءِ غَيْرِهِ، أَوْ قَرَارِهِ أَزَالَهُ

حائط يجعله بابًا، أو بقعة يحفرها بئرًا وعلو بيت يبني عليه بنيانًا موصوفًا[1]، ويصح فعله صلحًا أبدًا، أو إجارة مدة معلومة[2].

(**وإن حصل غصن شجرته في هواء غيره**) الخاص به أو المشترك (**أو**) حصل غصن شجرته في (**قراره**) أي قرار غيره الخاص أو المشترك أي في أرضه وطالبه بإزالة ذلك (**أزاله**) وجوبًا[3]، إما بقطعه أو ليه إلى ناحية

= يصالح جار الأرض على إجراء الماء في الساقية؛ لعدم الضرر؛ بشرط أن يكون هذا الصلح في مدة لا تتجاوز الإجارة أو الإعارة.

الثانية: أن لا يكون ثمة ساقية فعند الشافعية والحنابلة: لا يجوز.

وذكر ابن قدامة احتمالاً بالجواز إذا لم يحتج إلى الحفر ولم يكن ضرر. (المصادر السابقة).

(١) وفي الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ١٧٤: «ويجوز أن يشتري ممرًا في دار، وموضعًا في حائطه يفتحه بابًا، وبقعة يحفرها بئرًا، وعلو بيت يبني عليه بنيانًا موصوفًا بلا نزاع».

وفي كشاف القناع ٣/ ٤٠٣: «لأن ذلك نفع مقصود فجاز بيعه كالدور... ومعنى موصوفًا أي معلومًا».

(٢) في كشاف القناع ٣/ ٤٠٣: «ويصح فعل ذلك صلحًا أبدًا أي مؤبدًا وهو في معنى البيع، وفعله إجارة معلومة؛ لأن ما جاز بيعه جازت إجارته».

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أنه يلزم صاحب الأغصان إزالتها إذا طلب الجار ذلك؛ لحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام**». متفق عليه، فانتفاع الإنسان بمال غيره لا يحل إلا بطيب نفس صاحبه، ومن ذلك إخراج الأغصان إلى ملك الجار. =

....

فَإِنْ أَبَىٰ لَوَاهُ إِنْ أَمْكَنَ، وَإِلاَّ فَلَهُ قَطْعُهُ

أخرى(١)، (**فإن أبىٰ**) مالك الغصن إزالته (**لواه**) مالك[١] الهواء، (**إن أمكن وإلا**) يمكن (**فله قطعه**)(٢)؛ لأنه أخلى ملكه الواجب إخلاؤه ولا

= ولأن الهواء ملك لصاحب القرار فوجب إزالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار.

وذهب ابن الماجشون من المالكية: إلى أنه إن كان الجدار سابقًا على هذه الأغصان فتقطع، وإن كانت هذه الأغصان سابقة على الجدار لا تقطع؛ لأن الباني بقرب الشجرة قد أخذ من حريمها، وهو يعلم أن من شأن الشجرة الانتشار.

ونوقش: بأن حريم الشجرة إنما يكون في داخل ملك صاحبها، أما إذا تعدى إلى ملك غيره فلا حق له في ذلك، وعلى هذا فالأقرب قول الجمهور.

(المبسوط ٢٠/ ١٥٩، والشرح الكبير وحاشيته ٣/ ٣٧٠، ومواهب الجليل ٥/ ١٦٥، والأم ١/ ٣٤٣، والمهذب ١/ ٣٣٥، وروضة الطالبين ٤/ ٢٢٣، والمحرر ١/ ٣٤٣، والفروع ٤/ ٢٧٦، والإنصاف ٥/ ٢٥٢).

(١) وسواء أحدث ضرراً أو لا؛ ليخلي ملك الغير الواجب إخلاؤه؛ لأن الهواء ملك لصاحب القرار.

ويضمن ما تلف بالغصن بعد الطلب بإزالته؛ لصيرورته متعديًا بإبقائه، ويأتي قريبًا. (تصحيح الفروع ٤/ ٢٧٦).

(٢) في كشاف القناع ٣/ ٤٠٤: «فإن أمكنه رب الهواء إزالتها أي الأغصان بلا إتلاف لها ولا قطع من غير مشقة ولا غرامة مثل أن يلويها ونحوه لم يجز له إتلافها كالبهيمة الصائلة إذا اندفعت بدون القتل، فإن أتلفها في هذه الحالة غرمها لتعديه بها، وإن لم يمكنه إزالتها إلا بقطع ونحوه فله ذلك ولا شيء عليه كالصائل إذا لم يندفع إلا بالقتل» اهـ.

---

[١] في/ س بزيادة: لفظ: (في).

. . . .

يفتقر إلى حاكم(١)، ولا يجبر المالك على الإزالة لأنه ليس من فعله(٢)، وإن أتلفه مالك الهواء مع إمكان ليه ضمنه(٣)، وإن صالحه على بقاء الغصن بعوض لم يجز(٤)، [وإن][1] اتفقا على أن الثمرة بينهما ونحوه صح

---

(١) أي لا يفتقر إن أمكن ليه بلا مشقة أو قطعه إلى حكم حاكم.

(٢) كما لو لم يكن في ملكه، وعلى هذا لا يضمن ما تلف بها، قال في الإنصاف: «وهو الصحيح».

وقال ابن قدامة: ويحتمل أن يجبر على إزالته، ويضمن ما تلف به إذا أمر بإزالته فلم يفعل بناء على ما إذا مال حائطه إلى ملك غيره على ما سنذكره إن شاء الله تعالى، وصححه في تصحيح الفروع.

(الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ١٧٦، والفروع مع تصحيحه ٤/ ٢٧٦).

(٣) كما تقدم قريبًا.

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية؛ لأن الأغصان إن كانت رطبة فتزيد وتتغير، وإن كانت يابسة فتنقص، وربما ذهبت كلها فكيف يصالح على شيء غير منضبط؟!

وعلل الحنفية: بأن هذا تمليك جزء من الهواء بعوض، وهو غير معلوم في نفسه، إذ إن السعف يطول بمضي الوقت.

وعند الشافعية: تصح المصالحة بعوض عن الأغصان بشرط أن تكون يابسة، وأن تكون معتمدة على جدار الجار؛ لأن الأغصان إن كانت يابسة فالزيادة فيها تكون مأمونة، ولا يصح الصلح على غير ذلك.

ولأنها إذا لم تعتمد على جدار الجار يلزمه منه إفراد الهواء بالعقد، والهواء لا يفرد بعقد.

وعند بعض الشافعية، وبه قال ابن عقيل: يجوز المصالحة عن الأغصان =

---

[١] ساقط من/ س.

. . . .

جائزًا[1]، وكذا حكم عرق شجرة حصل في أرض غيره[1].

= بعوض مطلقًا، قال ابن قدامة: «اللائق بمذهب أحمد صحته»؛ لأن الحاجة داعية إلى الصلح عن هذه الأغصان لكثرتها في الأملاك المتجاورة، وفي القلع إتلاف وضرر.

ولأن الزيادة المتجددة في الأغصان الرطبة معفو عنها فهي كالسمن الحادث في المستأجر للركوب، والمستأجر للغرفة يتجدد له الأولاد.

(المبسوط ٢٠/ ١٥٩، وروضة الطالبين ٤/ ٢٢٣، والهداية لأبي الخطاب ١/ ١٦١، والمغني ٧/ ١٨، والكافي لابن قدامة ٢/ ٢١١).

(١) في كشاف القناع ٣/ ٤٠٥: «وإن اتفقا أي رب الهواء والأغصان على أن الثمرة أي ثمرة الأغصان الحاصلة بهواء الجار لصاحب الهواء أو أن الثمر بينهما جاز الصلح؛ لأنه أسهل من القطع، ولم يلزم الصلح فلكل منهما إبطاله متى شاء؛ لأنه مجرد إباحة من كل منهما لصاحبه... وفي المبهج في الأطعمة: ثمرة غصن في هواء طريق عام للمسلمين، ومعناه لابن القيم في إعلام الموقعين» اهـ.

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول الجمهور: أن العروق الحاصلة في ملك الجار تلحق بالأغصان في المنع منها؛ لما تقدم من أدلة المنع في الأغصان.

وعند المالكية: أن حكم العروق حكم الأغصان في المنع منها إذا حصل بها ضرر، فإن لم يكن ضرر فلا منع منها؛ لأن الغالب في العروق عدم الضرر لحصولها تحت الأرض.

ونوقش: بأن حصول العروق في ملك الجار يعد تصرفًا في ملك الغير وهو ممنوع مطلقًا حصل ضرر أم لا، وعلى هذا فالأقرب القول الأول.

(الفتاوى الهندية ٥/ ٤٠١، والمعيار المعرب ٩/ ٤٧، ومغني المحتاج ٢/ ١٩٢، وقواعد ابن رجب ص (٢٠٤)).

ويجري فيها ما يجري في الأغصان من صلح وغيره كما تقدم.

. . . .

وَيَجُوزُ فِي الدَّرْبِ النَّافِذِ فَتْحُ الأبْوابِ للاسْتِطراق، لاَ إِخْرَاجُ روش وَسَابَاط ودكةٍ وَمِيَزابٍ

(**ويجوز في الدرب النافذ فتح الأبواب للاستطراق**)(١)؛ لأنه لم يتعين له مالك ولا ضرر فيه على المجتازين.

و(**لا**) يجوز (**إخراج روش**)(٢) على أطراف خشب أو نحوه مدفونة في الحائط، (و) لا إخراج (**ساباط**)(٣)، وهو المستوفي للطريق كله على جدارين.

(و) لا إخراج [(**دكه**)(٤) بفتح الدال، وهي الدكان، والمصطبة بكسر الميم، (و) لا إخراج][١] (**ميزاب**)(٥) ولو لم يضر بالمارة إلا أن يأذن

---

(١) بالاتفاق، وعليه عمل المسلمين، ولأن الحق فيه لجميع المسلمين، وهو من جملتهم، ويأتي حكم إخراج الباب في الطريق الخاص.

(٢) وعبر بعض العلماء بجناح، وهو: ما يوضع على أطراف خشب أو أحجار أو غيرها مدفونة في الحائط، وأطرافها خارجة إلى الطريق.

(٣) في المصباح ١/ ٢٦٤: «الساباط: سقيفة تحتها ممر نافذ، والجمع سوابيط».

(٤) في المصباح ١/ ١٩٨: «الدكة: المكان المرتفع يجلس عليه، وهو المسطبة معرب، والجمع دكك مثل: قصعة وقصع، والدكان قيل: معرب، ويطلق على الحانوت، وعلى الدكة التي يقعد عليها».

(٥) إذا أراد أحد أن يخرج إلى الطريق العام جناحًا أو ميزابًا، أو نحو ذلك فلهذه المسألة حالتان:

الأولى: أن يكون في الإخراج ضرر على المارة، فيجب منع ذلك؛ لقوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**».

وقد اختلف الفقهاء في تقدير الضرر.

فعند المالكية: لابد أن يرفع بناءه رفعًا بينًا يجاوز رأس المار راكبًا.

وعند الشافعية والحنابلة: يرجع إلى حال الطريق، فإن كان ضيقًا لا تمر فيه

---

[١] ساقط من/ م، ف

وَلاَ يَفْعَلُ ذَلِكَ في مِلْكِ جَارٍ وَدَرْبٍ مُشْتَرَكٍ بِلا إِذْنِ المُسْتَحِقِّ

إمام[١] أو نائبه ولا ضرر لأنه نائب المسلمين فجرى مجرى إذنهم.

= القوافل والفوارس، فيرجع الجناح ونحوه، بحيث يمر المار تحته منتصبًا، وإن كانت القوافل والفوارس تمر فيه فلابد من رفعه عاليًا بمقدار ما يمر فيه المحمل - وهو مجلس الهودج - مع الكنيسة - وهي شيء يشبه الهودج، وصفته أن يغرز في المحمل قضبان ويلقى عليها ثوب يستظل به الراكب فوقه على البعير.

الحال الثانية: ألا يكون هناك ضرر:

فالمذهب: لا يجوز إخراج الجناح والساباط ونحوها مطلقًا أذن الإمام أم لا وإن لم يكن ضرر؛ لأن إخراج الجناح ونحوه بناء في ملك غير بلا إذنه فلم يجز، فكما لو أخرج ذلك في درب غير نافذ بغير إذن أهله.

ونوقش: بعدم التسليم بكونه بناء في ملك الغير، فإنه واحد من العامة وهم أهل الطريق.

وعللوا أيضًا: أن الإحداث في الطريق العام ينتج عنه أضرار كثيرة متوقعة منها: إظلام الطريق وسده، وربما سقط على المارة... إلخ.

ونوقش: بأنها أضرار غير محققه الوقوع.

وعند الحنفية: إن أذن الإمام جاز الإخراج مطلقًا، فإن كان بغير إذن الإمام فيشترط عدم الضرر، ولكل واحد من أهل الخصومة ولو ذميًا منعه ومطالبته بنقضه أضر أو لا؛ لأن وضع الجناح بلا إذن الإمام افتيات عليه، فجاز لكل واحد أن ينكر عليه.

ونوقش: بأنه ليس افتياتًا على الإمام؛ لأنه مأذون له شرعًا كالمرور فيه.

وعللوا أيضًا: أن المطالب بالمنع له حق المرور فكان له حق المنع كما في الملك المشترك.

ونوقش: بعدم التسليم، فليس له حق المنع إلا مع الضرر للإذن في ذلك شرعًا.

وعند المالكية والشافعية واختاره شيخ الإسلام وابن القيم: أنه يجوز للإنسان أن يخرج الجناح ونحوه إلى الطريق العام أذن الإمام أو لا ما لم يكن ضرر؛ لما روى عبيد الله بن عباس رضي الله عنهما قال: «كان للعباس ميزاب =

---

[١] في/ س بلفظ: (الإمام).

. . . .

(ولا يفعل ذلك) أي لا يخرج روشنًا ولا ساباطًا ولا دكة ولا ميزابًا **(في ملك جار ودرب مشترك)** غير نافذ **(بلا إذن المستحق)**(١) [أي][١] الجار أو أهل الدرب؛ لأن المنع لحق المستحق(٢)، فإذا رضي بإسقاطه جاز.

= على طريق عمر بن الخطاب... وفيه: فأمر بقلعه... فأتاه العباس فقال: والله إنه للموضع الذي وضعه النبي ﷺ...». رواه أحمد والحاكم والبيهقي، وإسناده ضعيف. (انظر: التلخيص ٣/ ٤٥).

ولاتفاق الناس على إشراع الأجنحة والميازيب في جميع الأعصار من غير إنكار، قال شيخ الإسلام: «إخراج الميازيب إلى الدرب النافذ هو السنة».

ولأن الحاجة تدعو إلى إخراج الأجنحة والميازيب ونحوها فإنه لا يمكن رد مائه إلى داره، وهذا أقرب الأقوال.

(الدر المختار مع حاشيته ٦/ ٥٩٢، والتاج والإكليل ٥/ ١٧٢، والمهذب ١/ ٣٣٤، وحلية العلماء ٥/ ١١، والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص (٢٢٦)، والشرح الكبير لابن قدامة ٣/ ١٧، وقواعد ابن رجب ص (٢٠٤)، والإنصاف ٥/ ٢٥٥).

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أنه لا يجوز لأحد من أهل الطريق إخراج جناح أو ساباط ونحوها إلا بإذن أهل الطريق؛ لأن إخراج الجناح ونحوه بناء على هواء ملك معينين، وليس له التصرف بلا رضاهم.

وعند المالكية: يجوز إحداث الجناح ونحوه إذا لم يكن ضرر ببقية الشركاء؛ لأن كل واحد من أهل الطريق الخاص له الارتفاق بقرار الطريق بالمرور فليكن له الارتفاق بإخراج الجناح ونحوه.

ونوقش: بوجود الفرق، فإن الاستطراق لايدوم بخلاف إخراج الجناح ونحوه، وعلى هذا فالأقرب قول الجمهور. (المصادر السابقة).

(٢) وإن صالح عنه بعوض جاز؛ لأنه حق لمالكه الخاص فجاز أخذ العوض عنه، لكن يشترط معرفة مقدار العلو ونحو ذلك.

---

[١] ساقط من/ ف.

. . . .

[ويجوز][1] نقل باب في درب غير نافذ إلى أوله بلا ضرر لا إلى داخل إن لم يأذن من فوقه ويكون إعارة(١)، . . . .

---

(١) هذه المسألة لها حالتان:

الأولى: أن يكون الباب المراد تحويله أو إحداثه أقرب إلى أول الطريق من باب القديم.

فالمذهب، وهو مذهب الحنفية: الجواز بشرط عدم الإضرار بأهل الطريق كأن يقابل بابًا لجاره أو يلاصقه فيضيق عليه؛ لأنه يترك بعض حقه في الاستطراق فإن له الاستطراق إلى آخر الدرب فجاز.

وعند الشافعية: لا يجوز إلا بإذن الشركاء، ولو سد الباب الأصلي ثم أراد فتح باب آخر جاز بلا إذن؛ لأن انضمام الباب الثاني إلى الأول يورث الزحمة وكثرة وقوف الدواب فيتضرر بذلك أصحاب الطريق.

الثانية: أن يكون الباب المراد تحويله أو إحداثه أقرب إلى آخر الطريق من بابه الأصلي.

فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: لا يجوز إلا بإذن الشركاء؛ لأنه قدمه إلى موضع ليس له الاستطراق فيه.

وفي قول للحنفية وآخر للحنابلة: يجوز بلا إذن الشركاء بشرط عدم الضرر؛ لأن من حقه جعل الباب ابتداء في أي موضع شاء، فتركه في موضع لا يسقط حقه.

(فتاوى قاضي خان ٣/ ١١٧، وتبصرة الحكام ٢/ ٢٥٦، ومواهب الجليل ٥/ ١٦٧، ومغني المحتاج ٢/ ١٨٥، والفروع ٤/ ٢٧٩، ومجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ٣٠/ ١١).

مسألة: يجوز لكل واحد من أصحاب الطريق الخاص فتح باب فيه، لكن هل يجوز لغير أهله فتح باب فيه إذا كان حائطه ملاصقًا للطريق الخاص؟ =

---

[١] ساقط من/ م، ف.

. . . .

وحرم أن يحدث بملكه ما يضر بجاره كحمام ورحى وتنور، وله منعه[١]،

= فالمذهب، وهو قول الجمهور: المنع من ذلك إلا بإذن أهله؛ لأنه إذا فتح بابًا بغير رضاهم صار شريكًا لهم بغير حق.

وفي قول عند المالكية: يجوز بلا إذن بشرط عدم الضرر (المصادر السابقة).

وعند جمهور أهل العلم: يجوز فتح الباب للارتفاق به في الاستضاءة ونحوها خلافًا للمصحح عند الحنفية. (المصادر السابقة).

ويكون إعارة بكونها لازمة إن أذنوا له، فإن سده ثم أراد فتحه لم يملكه إلا بإذن متجدد.

(١) فالمذهب ومذهب المالكية: أن الجار ليس له أن يتصرف في ملكه تصرفًا يضر جاره ضررًا معتبرًا، وللجار منعه؛ لحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه مرفوعًا: «**لا ضرر ولا ضرار**».

وعند متأخري الحنفية: أن الجار يمنع من الضرر الفاحش أو البين، دون ما عداه من الضرر فلا يمنع منه؛ لأن القياس أن للمالك أن يتصرف في ملكه لكن منع من الضرر الفاحش استحسانًا.

وعند متقدمي الحنفية، وبه قال الشافعية وابن حزم: أن الإنسان لا يمنع من التصرف في ملكه ولو أضر بجاره؛ لعدم ورود نص يقيد تصرفات المالك إذا كانت في خالص ملكه.

ونوقش بالمنع لورود النص كما في حديث أبي سعيد.

ولأن الجار إذا منع من التصرف في ملكه لتضرر الجيران فهو من أعظم الضرر، والضرر لا يزال بالضرر، وكما لو خبز أو طبخ في داره.

ونوقش: بأن تصرف الجار لم يبق في دائرة ملكه، بل تعدت إلى جاره، وأما ما يحصل من دخان الطبخ والخبز فقياس مع الفارق إذ ضرره يسير تدخله المسامحة، وعلى هذا فالأقرب قول الحنابلة. =

. . . .

وَلَيْسَ لَهُ وَضْعُ خَشَبَةٍ عَلَىٰ حَائِطِ جَارِهِ، إِلاَّ عِنْدَ الضَّرُورَةِ إِذَا لَمْ يُمْكِنْهُ التَّسْقِيفُ إِلاَّ بِهِ،

كدق وسقي يتعدى(١)، وحرم أن يتصرف في جدار جاره مشترك بفتح طاق(٢) أو ضرب وتد(٣) ونحوه(٤) إلا بإذنه[١].

(**وليس له وضع خشبة على حائط جاره**) أو حائط مشترك (**إلا عند الضرورة**) فيجوز (**إذا**[٢] **لم يمكنه التسقيف إلا به**) ولا ضرر(٥)؛ لحديث

= (بدائع الصنائع ٦/ ٢٦٤، وحاشية الدسوقي ٣/ ٣٧٠، وروضة الطالبين ٥/ ٢٨٥، ونهاية المحتاج ٥/ ٣٣٧، والمغني ٧/ ٥٢، والمحلى ٨/ ٢٤١).

وأما الضرر القديم فلا يمنع منه وعليه جمهور أهل العلم خلافًا لمتأخري الحنفية؛ لأن قدم الضرر يدل على أنه مستحق فلا يمنع منه، فجرى مجرى اليد الثابتة.

(المصادر السابقة، ومغني المحتاج ٢/ ١٨٨، ومجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣٠/ ٧).

(١) أي وله منعه مما ذكر، كما له منعه من دق نحو حدادة، وسقي يتعدى ضرره إلى حائط جاره، وكذا حفر كنيف إلى جنب حائط جاره، وحفر بئر ينقطع بها ماء بئره ونحو ذلك.

(٢) الطوق: ما عطف من الأبنية، وكالمحراب، وكذا فتح روزنة بلا إذن مالكه أو شريكه؛ لأن انتفاع بملك غير بما له قيمة.

(٣) ما يغرز في الأرض أو الحائط من خشب وغيره.

(٤) كجعل رف بلا إذن شريكه، وإن صالحه على ذلك بعوض جاز.

(٥) فالمذهب: أن للجار أن يضع خشبة على جدار جاره ويجبره الحاكم على ذلك بشرطين:

١ - أن يكون لضرورة بأن لا يمكن التسقيف بدونه. =

---

[١] في/ م، ف بلفظ: (إلا بإذنه).

[٢] في/ ف بلفظ: (إن).

. . . .

. . . .

= ٢ ـ أن لا يحصل ضرر على جدار الجار كتهدمه ووهنه، ولا يشترط إذن الجار؛ لما استدل به المؤلف.

ولأن هذا انتفاع بحائط الجار على وجه لا يضر به أشبه الاستناد إليه والاستظلال به.

وعند أبي حنيفة ومالك والشافعي في الجديد: أن الجار ليس له وضع خشبة على جدار جاره إلا بإذن جاره ورضاه، وإن امتنع لم يجبر لحديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام**». متفق عليه.

ونوقش: بتخصيص حديث أبي هريرة من هذا الحديث.

واستدلوا أيضًا: بحديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: «**لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره...**» الحديث.

فالنهي في الحديث للاستحباب لقول أبي هريرة رضي الله عنه: «مالي أراكم عنها معرضين». فيدل على أن العمل في ذلك العصر خلاف ما ذهب إليه أبو هريرة؛ لأن هذا الأمر لو كان واجبًا لما جهل الصحابة تأويله وما أعرضوا عن أبي هريرة لما حدثهم به.

ونوقش: بما ذكر ابن حجر: «وما أدري من أين له ـ أي المخالف ـ أن المعرضين كانوا صحابة. . . . ولم لا يجوز أن يكون الذي يخاطبهم أبو هريرة غير فقهاء بل هو المتعين».

ولأن وضع الخشب على جدار الجار انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز كزراعته في ملكه وبنائه في أرضه.

ونوقش: بالفرق، فوضع الخشب تدعو الحاجة إليه بلا ضرر بخلاف الزراعة والبناء.

وذهب بعض أهل العلم: أن للجار وضع الخشب مع الحاجة لكن لابد =

. . . .

وكذلك المسجد وغيره،

أبي هريرة يرفعه: «**لا يمنعن جار جاره أن يضع خشبة على جداره**». ثم يقول أبو هريرة: «مالي أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين أكتافكم». متفق عليه(١).

(**وكذلك**) حائط (**المسجد وغيره**) كحائط نحو يتيم[١]، فيجوز لجاره وضع خشبة عليه إذا لم يمكن تسقيف إلا به بلا ضرر(٢) لما تقدم(٣).

= من الاستئذان ولا يملك المنع من الاستئذان ويملكه مع عدمه؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: «**إذا استأذن أحدكم أخاه أن يغرز خشبة في جداره فلا يمنعه...**». رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه، وصححه أحمد شاكر في تحقيق المسند ١٩/ ٨٨.

(فتاوى قاضي خان ٣/ ١٠٨، والمنتقى ٦/ ٤٣، والتاج والإكليل ٥/ ١٧٤، والمهذب ١/ ٣٣٥، ومغني المحتاج ٢/ ١٨٧، والشرح الكبير لابن قدامة ٣/ ٢٠، وفتح الباري ٥/ ١١٠، ونيل الأوطار ٦/ ٣٥٨).

(١) أخرجه البخاري ٣/ ١٠٢ ـ المظالم ـ باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره، مسلم ٣/ ١٢٣٠ ـ المساقاة ـ ح ١٣٦.

(٢) أي وكجدار الجار حائط المسجد واليتيم ونحوه كمجنون ومكاتب ووقف ليس له وضع خشبة، على حائطه إلا إذا لم يمكن جاره تسقيفه إلا بوضع خشبه عليه بلا ضرر كالطلق.

(٣) من الدليل أو التعليل على جوازه بشرطه، وإن خيف سقوط الحائط بعد وضع الخشب لزم إزالته، وإن صالح عن شيء مما تقدم بعوض جاز.

وفي كشاف القناع ٣/ ٤١١: «وله الاستناد إلى جدار جاره أو المشترك، وإسناد شيء لا يضر، والجلوس في ظله، ونظره في ضوء سراجه بلا إذن؛ لأن هذا لا مضرة فيه، والتحرز منه يشق. =

---

[١] في/ س بلفظ: (يتم).

وَإِذَا انْهَدَمَ جِدَارُهُمَا أَوْ خِيــفَ ضَرَرُهُ فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا أَنْ يُعَمِّرَهُ الآخَرُ مَعَهُ أُجْبِرَ عَلَيْهِ.

(وإذا انهدم جدارهما) المشترك أو سقفهما **(أو خيف ضرره)** بسقوطه **(فطلب أحدهما أن يعمره الآخر معه أجبر عليه)** إن امتنع[1]؛ لقوله ﷺ

= قال الشيخ: العين والمنفعة التي لا قيمة لها عادة لا يصح أن يرد عليها عقد البيع ولا عقد إجارة اتفاقًا».

(١) وهذا هو المذهب، وهو رواية عن الإمام مالك، وقول الشافعي في القديم؛ لحديث أبي سعيد مرفوعًا: «لا ضرر ولا ضرار».

ولأن عمارة الحائط فيها إنفاق مشترك يزول به الضرر عنهما فيجبر عليه كالإنفاق على العبد، وكما يجبر على القسمة.

وفي رواية عن مالك وهو قول الشافعي الجديد: أنه لا يجبر؛ لأن عمارة الحائط المشترك إنفاق على ملك لو انفرد به لم يجب، فإذا اشتركا لم يجب كزراعة الأرض.

وعند الحنفية: إن كان الجدار عليه حمولة من بناء أو جذوع أجبر الشريك على البناء مع شريكه لأن ترك البناء يلحق الضرر بالشريك بتعطيل منافع الحائط، وإن لم يكن عليه بناء أو جذوع لم يجبر إذا كانت العرصة التي عليها الجدار عريضة يمكن قسمها لعدم الضرر، فإن لم يمكن قسمها أجبر.

(المبسوط ١٧/ ٩٣، والكافي لابن عبد البر ص ٤٩١، ومواهب الجليل ٥/ ١٥٠، والمهذب ١/ ٣٣٦، وحلية العلماء ٥/ ١٩، والشرح الكبير لابن قدامة ٣/ ٢٢، والكافي لابن عبد البر ٢/ ٢١٥).

مسألة: وإذا انهدم الجدار بفعل أحد الشريكين، فله حالتان:

الأولى: أن يكون الهدم لغير ضرورة، فجمهور أهل العلم وهو المذهب: أنه يجبر على إعادته؛ لأنه هدم ملك غيره بلا موجب.

وعند الشافعية: يلزمه غرامة نقضه ولا يلزمه إعادة البناء؛ لأن الجدار =

. . . .

[[1]: «لا ضـرر ولا ضـــرار»(١) . فـإن أبى أخـذ حـاكم من مـاله وأنفق

= ليس مثليًا فلا يجبر على إعادته. (المصادر السابقة).

الثانية: أن يكون لضرورة كخوف سقوطه، فالمذهب: أن الممتنع يجبر على البناء مع شريكه.

وعند الحنفية والشافعية: لا يجبر شريكه على البناء معه. (المصادر السابقة).

(١) الحديث ورد مرسلاً، وروي موصولاً.

فالمرسل أخرجه مالك ٢/ ٧٤٥ ـ الأقضية ـ ح ٣١، البيهقي ٦/ ٧٠ ـ الحوالة ـ باب لا ضرر ولا ضرار ـ من طريق عمرو بن يحيى المازني عن أبيه مرسلاً، وإسناده صحيح عن مالك.

وأما الموصول فروي من حديث عبادة بن الصامت، وابن عباس، وأبي سعيد الخدري، وأبي هريرة، وثعلبة بن مالك، وجابر بن عبد الله، وعائشة.

فحديث عبادة رواه ابن ماجه في سننه، وحديث ابن عباس رواه عبد الرزاق في مصنفه وأحمد في مسنده، ورواه ابن ماجه في السنن والطبراني في معجمه، والدارقطني في سننه، وحديث أبي سعيد رواه الحاكم في المستدرك وصححه، كما رواه الدارقطني وابن عبد البر، وحديث أبي هريرة رواه الدارقطني في سننه، وحديث ثعلبة بن مالك وجابر بن عبد الله رواهما الطبراني في معجمه، وحديث عائشة رواه الدارقطني في سننه والطبراني في المعجم الأوسط. ذكر هذه الأحاديث بطرقها الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٨٤ ـ ٣٨٦.

ولا يخلو واحد منها من مقال، لكن يتقوى بعضها ببعض، فيقوى الحديث ويصح.

---

[١] ساقط من / ف.

وَكَذاَ النَّهْرُ وَالدُّولابُ وَالقَنَاةُ.

عليه(١)، [١] وإن بناه شريك شركة بنية رجوع[٢] رجع(٢).

(وكذا النهر والدولاب والقناة) المشتركة[٣] إذا احتاجت لعمارة(٣)، ولا يمنع شريك من عمارة(٤)، فإن فعل فالماء[٤] على الشركة، وإن أعطي

---

(١) بقدر حصته، أو باع من عرض الممتنع وأنفق، وإن تعذر افترض عليه.

(٢) بقدر حصته؛ لأنه قام عنه بالواجب، وكذا إن كان بإذن الحاكم أو الشريك. (وانظر: آخر الرهن تقريبًا).

(٣) أي وكالجدار المشترك على ما تقدم النهر والدولاب تديره الدواب، والقناة وهي أبيار متوالية يجري ماء بعضها إلى بعض إذا احتاجت إلى عمارة أو كري، أو تنظيف أو إصلاح يجبر الممتنع، والنفقة على حسب ملكهم فيه.

(٤) في كشاف القناع ٣/ ٤١٥: «وليس لأحدهم منع صاحبه من عمارته إذا أرادها كالحائط فإن عمره أحدهم، فالماء بينهم على الشركة ولا يختص به المعمر؛ لأن الماء ينبع من ملكيهما، وإنما أثر أحدهما في نقل الطين منه، وليس له فيه عين مال، والحكم في الرجوع بالنفقة كما تقدم في الحائط، فإن كان بعض الشركاء في النهر أقرب إلى أوله من بعض الشركاء اشترك الكل في تنظيف النهر ونحوه وفي إصلاحه حتى يصلوا إلى الأول، ثم إذا وصلوا إلى الأول فلا شيء على الأول؛ لأنها استحقاقه؛ لأنه لا حق له فيما وراء ذلك، ويشترك الباقون حتى يصلوا إلى الثاني ثم لا شيء عليه ويشترك من بعد الثاني إلى أن ينتهوا إلى الثالث ثم لا شيء عليه، وهكذا كلما انتهى العمل إلى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شيء؛ لأنه لا ملك له فيما وراء موضعه».

---

[١] ساقط من/ ف.

[٢] في/ ظ بلفظ: (الرجوع).

[٣] في/ ظ بلفظ: (المشترك).

[٤] في/ م بلفظ: (فالمال).

. . . .

قدم قناتهم أو نحوها لمن يعمرها وله منها جزء معلوم صح(١).

ومن له علو [لم][١] يلزمه عمارة سفله[٢] إذا انهدم، بل يجبر عليه مالكه(٢)، ويلزم الأعلى سترة تمنع مشارفة الأسفل(٣)، فإن استويا

---

(١) أي وإن أعطى قوم قناتهم ونحوها كنهرهم وبئرهم لمن يعمرها سواء عجزوا عن عمارتها أو لا بجزء معلوم كنصف وثلث وربع صح كغزل لمن ينسجه بسهم منه.

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية؛ لأن ترك بناء السفل إضرار بصاحب العلو فيجبر على البناء كما يجبر على القسمة للجدار إذا طلبها أحدهما، وعلى النقض إذا خيف سقوطه عليهما؛ لقوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**».

ونوقش: لا يسلم بأن ترك البناء إضرار بصاحب العلو فإن الضرر حصل بانهدامه، وإنما ترك البناء ترك لما يحصل به النفع، والضرر بالإلزام بالبناء وقد لا ينتفع به، والضرر لا يزال بالضرر.

وعند الحنفية والجديد عند الشافعية: لا يجبر صاحب السفل على إعادة البناء؛ لأن الإنسان لا يجبر على عمارة ملكه، ولأنه غير متعد، وكما لا يجبر على زرع الأرض المشتركة لما فيه من الضرر عليه بتكليفه العمارة، وهذا هو الأقرب.

(فتح القدير ٧/ ٣٢٢، ومواهب الجليل ٥/ ١٤٧، وروضة الطالبين ٤/ ٢١٦، والمغني ٧/ ٤٨).

(٣) فيلزم الأعلى البناء، وسد الطاقات والكوى التي في ملكه، وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لحديث أبي سعيد مرفوعًا: «**لا ضرر ولا ضرار**»، ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن فخذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح**». =

---

[١] ساقط من/ ف.

[٢] في/ س، م بلفظ: (أسفله).

. . . .

اشتركا(١).

* * *

= رواه البخاري ومسلم.

فالإشراف على الجار ينتج عنه كشفه، والاطلاع على حرمات بيته فأشبه ما لو اطلع عليه من خصاص بابه.

وعند أكثر الشافعية وابن حزم: أن الجار لا يمنع من اتخاذ ما يشرف على جاره من كوى وأبواب وغيرها.

أما الاطلاع نفسه فمحرم لما تقدم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، واستدلوا: بما رواه أسامة بن زيد رضي الله عنهما قال: «أشرف النبي ﷺ على أطم من آطام المدينة، ثم قال: **هل ترون ما أرى؟ إني أرى مواقع الفتن خلال بيوتكم كمواقع القطر**». رواه البخاري.

فالنبي ﷺ أشرف على بيوت المدينة، فيدل ذلك على جواز اتخاذ الغرفة المشرفة على الجار، وعلى الجار ستر نفسه، إذا لم يأمن على نفسه. (فتح الباري ٥/ ١١٦).

ونوقش: بأن هذا أمر عارض.

وعللوا: بأن إشراف الجار على جاره تصرف في خالص ملكه، والإنسان لا يمنع من ذلك.

ونوقش: بأنه لا يمنع من التصرف في ملكه إلا إذا ترتب عليه ضرر لحديث أبي سعيد، وعلى هذا فالأقرب قول المذهب.

(المبسوط ١٥/ ٢١، وتبصرة الحكام ٢/ ٣٧٩، ونهاية المحتاج ٤/ ٤٠٤، ومغني المحتاج ٢/ ١٨٦، والشرح الكبير لابن قدامة ٣/ ٢٥، والإنصاف ٥/ ٢٦١).

(١) أي فإن استويا في العلو اشتركا في بناء السترة.

. . . .

باب الحجر

باب الحجر(١)

وهو في اللغة: التضييق والمنع، ومنه سمي الحرام والعقل[١] حِجرًا(٢).

وشرعًا: منع إنسان من تصرفه في ماله(٣)، وهو ضربان: حجر لحق

---

(١) أي هذا باب يذكر فيه أحكام الحجر على الشخص لحق غيره، أو لحق نفسه، ومن لا حجر عليه، وما يتعلق بذلك.

والأصل فيه: قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ﴾.

ويأتي أن النبي ﷺ حجر على معاذ رضي الله عنه.

وقال ابن المنذر في الإجماع ص ١٢٥: «وأجمعوا أن الحجر يجب على كل مضيع لماله، من صغير وكبير، وانفرد النعمان وزفر فقالا: لا يحجر على الحر البالغ».

(٢) أي سمي الحرام حجرًا كما في قوله تعالى: ﴿وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَحْجُورًا﴾ أي حرامًا محرمًا؛ لأنه ممنوع منه.

وسمي العقل حجرًا كما في قوله تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِذِي حِجْرٍ﴾ أي عقل؛ لأنه يمنع صاحبه من تعاطي ما يقبح، وتضر عاقبته. (انظر: المطلع ص ٢٥٤).

(٣) أو في ماله وذمته.

وفي المطلع ص (٢٥٤): «وهو أنواع: أحدها: الحجر على الصبي، والثاني: على المجنون، والثالث: على السفيه، والرابع: على المفلس بحق الغرماء، والخامس: الحجر على المريض في التبرع لوارث، أو لأجنبي بزيادة =

---

[١] في/ف بلفظ: (الفعل).

وَمَنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَىٰ وَفَاءِ شَيْءٍ مِنْ دَيْنِهِ لَمْ يُطَالَبْ بِهِ، وَحَرُمَ

الغير كعلى مفلس(١)، [وحجر] لحق نفسه كعلى نحو، صغير(٢).

(ومن لم يقدر على وفاء شيء من دينه(٣) لم يطالب(٤) به وحرم

= على الثلث، والسادس: الحجر على المكاتب والعبد لحق سيدهما، والسابع: الحجر على الراهن في الرهن لحق المرتهن، والثامن: المرتد يحجر عليه لحق المسلمين».

والمراد هنا: الحجر على المفلس، وعلى نحو صغير كما سيأتي، وغيره يذكر في مواضعه.

(١) المفلس: من لا مال له، ولا ما يدفع به حاجته، وسمي مفلسًا؛ لأنه لا مال له إلا الفلوس، وهي أدنى أنواع المال.

والمراد به هنا: من دينه أكثر من ماله، فهو من لا يفي ماله بدينه.

(انظر: حاشية العدوي ٥/ ٢٦٢، وتحفة المحتاج ٥/ ١١٩، والمطلع ص ٢٥٤).

(٢) وسفيه، ومجنون، والحجر عليهم أعم، فلا يصح تصرفهم في أموالهم ولا ذممهم قبل الإذن.

(٣) شرع المؤلف رحمه الله في ذكر أحوال المدين، وله أربعة أحوال:

الحال الأولى: المعسر، وهو من لا شيء عنده.

(٤) للآية الآتية، فيجب إنظاره، وفي إنظار المعسر فضل كبير فقد ورد من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**من أنظر معسرًا أو وضع عنه أنجاه الله من كرب يوم القيامة**». رواه مسلم.

وعن أبي اليسر رضي الله عنه قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «**من أنظر معسرًا أو وضع عنه أظله الله في ظله**». رواه مسلم.

ويسن إبراؤه، وهو أفضل من الإنظار.

. . . .

حَبْسُهُ

حبسه)[١] وملازمته لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[٢].

فإن ادعى العسرة ودينه عن عوض كثمن وقرض أو لا[٣]، وعرف له

---

(١) وهذا قول جمهور أهل العلم؛ للآية التي أوردها المؤلف، فإذا وجب إنظاره حرم حبسه، ولما يأتي من قوله ﷺ: «**مطل الغني ظلم**»، فوصف الغني بالظلم، فدل على عدم ظلم المعسر، فلا يحبس.

ولما يأتي من قوله ﷺ: «**مطل الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته**». والمعسر غير واجد، فلا تحل عقوبته.

وذهب بعض السلف كابن عباس، وشريح، وإبراهيم النخعي إلى جواز حبسه؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ والدين من الأمانات فإذا لم يؤده استحق العقوبة وهي الحبس.

ونوقش: أن المراد الأعيان الموجودة في يد الشخص، أو الديون التي يقدر على أدائها. وعلى هذا يترجح قول جمهور أهل العلم.

(انظر: أحكام القرآن للجصاص ١/ ٤٧٣، وفتح القدير ٦/ ٢٧٩، والشرح الكبير وحاشيته ٣/ ٢٥٠، والمهذب ١/ ٣٢٠، ونهاية المحتاج ٤/ ٣٣٣، وكشاف القناع ٣/ ٤٠٨، وشرح صحيح مسلم للنووي ٦/ ٤٣٩، وفتح الباري ٥/ ٦٢، ونيل الأوطار ٥/ ٢٧١).

مسألة:

عند الحنفية: يجوز للغريم ملازمة المدين المعسر، وذلك بأن يدور معه أينما دار.

وعند جمهور أهل العلم: لا يجوز للغريم ملازمة المعسر؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾. (المصادر السابقة).

(٢) سورة البقرة، آية (٢٨٠).

(٣) أي أو لم يكن عن عوض، بل كان عن أرش جناية، وقيمة متلف، أو كان مهرًا أو ضمانًا، أو كفالة، أو عوض خلع، ونحو ذلك.

. . . .

مال سابق الغالب بقاؤه[١].

أو كان أقر بالملاءة حبس[٢]، إن لم يقم بينة تخبر باطن حاله[٣]،

---

(١) إما لكون الدين ثبت عن معاوضة كثمن مبيع وقرض، أو عرف له أصل مال سوى هذا، فالقول قول غريمه مع يمينه، فإذا حلف أنه ذو مال حبس حتى تشهد بينة بإعساره. (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٣٧).

(٢) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٣٧: «قال ابن المنذر: أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس في الدين؛ منهم مالك والشافعي وأبو عبيد والنعمان. . . وكان عمر بن عبد العزيز يقول: يقسم ماله بين الغرماء ولا يحبس، وبه قال عبيد الله بن جعفر والليث بن سعد»، وتأتي الأدلة على حبسه عند قول المؤلف: حبس بطلب ربه ذلك. . .».

ولو ادعى الخصم الفلس، وقال المدعي: معه مال وسأل تفتيشه، فالمذهب وهو قول عند المالكية: أنه يجب على الحاكم تفتيشه.

والقول الثاني عند المالكية: أنه لا يجاب إلى تفتيشه إلا إن كان أمراً خفيفًا كتفتيش كمه أو جيبه ونحو ذلك.

واستظهر ابن القيم في الطرق الحكمية (ص٧) وجوب التفتيش، واستدل بقول علي رضي الله عنه للظعينة: «لتخرجن الكتاب، أو لنجردنك»، وكانت أسرى قريظة يدعون عدم البلوغ، فيكشف عن مآزرهم.

(حاشية الدسوقي ٣/ ٢٥٢، والخرشي على خليل ٥/ ٢٧٩، وكشاف القناع ٣/ ٤٠٨).

(٣) ويعتبر للبينة أمران:

الأول: العدد، فجمهور أهل العلم: أنه لابد من ذكرين حرين عدلين.

وعند الشافعية وجه: أنه يثبت بالشاهد واليمين.

وآخر: أنه يثبت بالشاهد والمرأتين. =

. . . .

. . . .

وتسمع قبل حبس وبعده[١]، وإلا حلف وخلي سبيله[٢].

= وعن الإمام أحمد: أنه لابد من ثلاثة؛ لحديث قبيصة رضي الله عنه، وفيه قول النبي ﷺ: «**إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة... ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوي الحجا من قومه: لقد أصابت فلانًا فاقة، فحلت له المسألة حتى يصيب قوامًا من عيش**». رواه مسلم، وصوبه ابن القيم، وقال: إذا كان في باب أخذ الزكاة وحل المسألة، ففي باب دعوى الإعسار المسقط لأداء الدين أولى. ...، وليس الإعسار من الأمور الخفية التي تقوى فيها التهمة فروعي فيها الزيادة في البينة.

(البهجة ١/ ١١١، وفتح العزيز ١٠/ ٢٣١، وكشاف القناع ٣/ ٤١٠).

والثاني: الخبرة الباطنة، ويكون بأمور ثلاثة: الجوار، والمعاملة والمخالطة، والمرافقة في السفر. (حاشية قليوبي ٢/ ٢٩٢).

لأن الإعسار من الأمور الباطنة التي لا يطلع عليها إلا المخالط.

(١) وهذا قول الشافعية والحنابلة؛ لأن كل بينة جاز سماعها بعد مدة، جاز سماعها في الحال.

وعند الحنفية وبه قال الإمام مالك: لا تقبل بينة الإعسار قبل الحبس.

(المصادر السابقة، وفتح القدير ٦/ ٣٨٠، والكفاية على الهداية ٦/ ٣٨٠).

(٢) أي وإن لم يكن دينه عن عوض كصداق، ولم يعرف له مال سابق، أو عرف والغالب ذهابه، أو لم يقر أنه مليء وادعى الإعسار حلف ولم يحبس؛ لأن الأصل عدم المال، وهذا هو المذهب.

وقال في الترغيب: يحبس إلى ظهور إعساره.

قال ابن القيم: والذي يدل عليه الكتاب والسنة، وقواعد الشرع: أنه لا يحبس في شيء من ذلك إلا أن يظهر بقرينة أنه قادر مماطل... فإن الحبس =

. . . .

وَمَنْ لَهُ مَالُهُ قَدْرَ دَيْنِهِ لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ وَأُمِرَ بِوَفَائِهِ

(ومن ماله[1] **قدر دينه لم يحجر عليه**)(١)؛ لعدم الحاجة إلى الحجر عليه(٢).

(وأمر) أي ووجب على الحاكم أمره (بوفائه) بطلب غريمه(٣)؛ لحديث: «**مطل الغني ظلم**»(٤)(٥)، ولا يترخص من سافر قبله(٦)، ولغريم

= عقوبة، والعقوبة إنما تسوغ بعد تحقق سببها، ولا تسوغ بالشبهة، بل سقوطها بالشبهة أقرب إلى قواعد الشرع».

(المغني ٦/ ٥٨٧، والإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ٢٤٢، والطرق الحكمية ص ٧٥).

(١) وهذا هو الحال الثانية من أحوال المدين.

والحال الثالثة: أن يكون ماله أكثر من دينه، وحكم هاتين الحالتين واحد.

(٢) يجب عليه دفعه إلى مالكه بطلبه، وإن طلب الإمهال بقدر ما يتمكن من الوفاء أمهل بالاتفاق. (الفروع ٣/ ٢٩٤). لكن إن خاف غريمه منه احتاط عليه بملازمته، أو بكفيل.

(٣) إذا كان حالاً، وعلم قدرته عليه، أو جهل حاله لتعينه عليه.

(٤) لأنه منع أداء ما استحق عليه أداؤه، وهو حرام مع التمكن ويفسق بمطله، ويتحقق مطله بطلبه.

(٥) تقدم تخريجه قريباً.

(٦) أي ولا يجوز أن يقصر ونحوه من سافر قبل وفاء غريمه وبعد الطلب؛ لأنه سفر معصية، والمذهب: عدم الترخص في سفر المعصية، وتقدم حكم الترخص في سفر المعصية في/ باب صلاة الجماعة/ فصل القصر. وظاهره: ولو كان السفر قصيراً.

---

[١] في/ م، ف بلفظ: (ومن له).

. . . .

من أراد سفرًا منعه من غير جهاد متعين حتى يوثق برهن محرز[١] أو كفيل مليء(١).

---

(١) لسفر المدين أربعة أحوال:

الأول: أن يكون سفره وعودته قبل حلول أجل الدين، والسفر غير مخوف، فليس للغريم منع المدين من السفر باتفاق الأئمة.

الثاني: أن يكون سفره وعودته قبل حلول الأجل، والسفر مخوف، فالمذهب: أن للمدين منع الغريم من السفر إلا أن يأتي المدين بضمين، أو رهن؛ لأنه لا يأمن أن يموت، فيضيع حقه.

وعند الشافعية: أن المدين لا يملك المنع من سفر الدائن، ولو كان السفر مخوفًا؛ لأنه لا حق على الدائن قبل حلول الأجل.

الثالث: أن يكون السفر قبل حلول الأجل، ولا يعود إلا بعد حلوله.

فعند المالكية والحنابلة: منع المدين من السفر إلا أن يأتي بضمين أو رهن؛ لأن هذا السفر يعود بالضرر على الغريم، لما فيه من تأخير حقه عن محله.

وعند الحنفية والشافعية: عدم جواز منع المدين من السفر، لكن للغريم أن يخرج مع المدين حتى إذا حل الأجل منعه من المضي في سفره؛ لأنه ليس له مطالبته بالدين قبل حلول الأجل، فليس له منعه من السفر.

الحال الرابعة: أن يكون سفره بعد حلول الأجل، وقبل قضاء الدين، فإن كان المدين موسرًا، فباتفاق الأئمة: أن للغريم منع المدين من السفر حتى يوفي دينه.

وإن كان معسرًا فالمذهب: أن للغريم منع المدين من السفر حتى يقيم كفيلاً ببدنه؛ لأنه قد يوسر في البلد الذي سافر إليه، فإذا كان ثَمَّ كفيل طالبه بإحضاره.

وعند المالكية والشافعية: عدم جواز منع المدين من السفر؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾، فإذا لم يجز له مطالبته لم =

---

[١] في جميع النسخ ما عدا/ م بلفظ: (يحرز).

فَإِنْ أَبَىٰ حُبِسَ بِطَلَبْ رَبِّهُ

(**فإن أبى**) القادر وفاء الدين الحال (**حبس بطلب ربه**) ذلك لحديث: «**ليّ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته**». رواه أحمد وأبو داود وغيرهما[1]،

= يجز أن يمنعه.

وعند أبي حنيفة: أنه يجوز للغريم ملازمة المعسر، فيدور معه حيث دار.

(بدائع الصنائع ٧/ ١٧٣، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/ ٢٣٦، ونهاية المحتاج ٨/ ٥٣، وكشاف القناع ٣/ ٤٠٥).

(١) أخرجه أبو داود ٤/ ٤٥ـ٤٦ ـ الأقضية ـ باب في الحبس في الدين وغيره ـ ح ٣٦٢٨، النسائي ٧/ ٣١٦ـ٣١٧ ـ البيوع ـ باب مطل الغني ـ ح ٤٦٨٩، ٤٦٩٠، ابن ماجه ٢/ ٨١١ ـ الصدقات ـ باب الحبس في الدين ـ ح ٤٧٢٧، أحمد ٤/ ٢٢٢، ٣٨٨، ٣٨٩، الطحاوي في مشكل الآثار ١/ ٤١٣، ٤١٤، ابن حبان كما في الإحسان ٧/ ٢٧٣ـ ح ٥٠٦٦، الطبراني في الكبير ٧/ ٣٨٠ـ ح ٧٢٤٩، الحاكم ٤/ ١٠٢ ـ الأحكام، البيهقي ٦/ ٥١ ـ التفليس ـ باب حبس من عليه الدين إذا لم يظهر ماله ـ من حديث عمرو بن الشريد الثقفي عن أبيه، واللفظ للإمام أحمد في المسند في روايته عن وكيع.

كما أخرجه البخاري معلقًا ٣/ ٨٥ ـ الاستقراض ـ باب لصاحب الحق مقال.

الحديث حسن كما قال الحافظ في الفتح ٥/ ٦٢: «وصله أحمد وإسحاق في مسنديهما وأبو داود والنسائي من حديث عمرو بن الشريد عن أبيه وإسناده حسن»، وصححه ابن حبان والحاكم وأقره الذهبي، وقال العراقي في المغني عن حمل الأسفار ٣/ ١٥٢: «أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه بإسناد صحيح».

. . . .

. . . .

قال الإمام: قال وكيع: عرضه: شكواه[(١)]، وعقوبته: حبسه[(٢)].

(١) شكواه، الإخبار بسوء فعله، كأن يقول: مطلني، ظلمني، ونحو ذلك.

(٢) قال ابن المنذر كما في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٣٧: «أكثر من نحفظ عنهم من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس في الدين، منهم مالك والشافعي، وأبو عبيد، والنعمان. . . وكان عمر بن عبد العزيز يقول: يقسم ماله بين الغرماء، ولا يحبس، وبه قال عبد الله بن جعفر، والليث بن سعد».

ويرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم في نوعه، وقدره.

ويشترط للحبس في الدين ما يلي:

١ - أن يكون حالاً، فلا حبس في الدين المؤجل؛ لعدم الظلم.

٢ - القدرة على قضاء الدين؛ لقوله تعالى: ﴿**وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ**﴾.

٣ - المطل؛ لقوله ﷺ: «**مطل الغني ظلم**». متفق عليه.

٤ - أن لا يكون المدين والدًا للدائن؛ لقوله تعالى: ﴿**وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا**﴾، وهذا قول جمهور أهل العلم؛ إلا أن المالكية استثنوا الأجداد.

والوجه الثاني عند الشافعية: أن الوالد يحبس بدين ولده؛ لحق الابن.

وعند جمهور أهل العلم: يحبس الوالد إذا امتنع من الإنفاق على ولده بالضرورة حفظ النفس خلافًا للشافعية.

٥ - طلب حبس المدين من الدائن؛ لأن الدين حقه، والحبس وسيلة للحصول على حقه، والوسائل لها أحكام المقاصد.

(بدائع الصنائع ٧/ ١٧٣، والمبسوط ٢٠/ ٩١، وشرح الخرشي ٥/ ٢٧٩، وحاشية الدسوقي ٣/ ٢٥٣، ونهاية المحتاج ٤/ ٣٣٣، وحاشية الشرواني ٥/ ١٤٢، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٣٢، وكشاف القناع ٣/ ٤٠٨).

. . . .

فَإِنْ أَصَرَّ وَلَمْ يَبِعْ مَالَهُ بَاعَهُ الحَاكِمُ وَقَضَاهُ،

فإن أبى عزره مرة بعد أخرى[١] (١).

(**فإن أصر**) على عدم قضاء الدين (**ولم يبع**[١] **ماله باعه الحاكم وقضاه**) لقيامه مقامه ودفعًا لضرر رب الدين[٣] بالتأخير (٢).

---

(١) فعند جمهور أهل العلم: جواز ضربه حتى يؤدي الحق الذي عليه؛ لما استدل به المؤلف.

وعند الحنفية: عدم جواز الضرب؛ لأن الضرب عقوبة زائدة عما جاء به الشرع.

واختلف القائلون بالضرب في مقداره:

فعند الحنابلة: أنه لا يزاد على أكثر التعزير وهو عشرة أسواط في كل يوم؛ لقوله ﷺ في حديث أبي بردة: «**لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله**». متفق عليه.

وظاهر كلام المالكية وهو مذهب الشافعية؛ لكونه صائلاً في الامتناع عن أداء الحق. (المصادر السابقة).

(٢) وهذا هو المذهب، وبه قال جمهور أهل العلم؛ لما يأتي أن النبي ﷺ «حجر على معاذ وباع ماله في دينه»، ولفعل عمر رضي الله عنه في مال الأسيفع. رواه مالك والبيهقي ٦/ ٤٩، لكنه ضعيف.

ولأن البيع واجب على المدين لإيفاء دينه حتى يحبس عليه، فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما ينوب مناب المجبوب والعنين إذا أبيا تسريح زوجتيهما.

وعند أبي حنيفة: لايجوز للحاكم بيع مال المدين، بل يحبس أبدًا حتى يبيع ماله بنفسه؛ لأنها تجارة لا عن تراض فتبطل بالنص.

ونوقش: باستثناء بيع مال المدين من شرط التراضي؛ لما تقدم من أدلة =

---

[١] في/ س بلفظ: (الاخرى).

[٢] في/ م، ف بلفظ: (يمنع).

[٣] في/ س بلفظ: (المال)، وفي / ف بلفظ: (الدين).

وَلاَ يُطَالَبُ بِمُؤَجَّلٍ، وَمَنْ مَالُهُ لاَ يَفِي بِمَا عَلَيهِ حَالاً وَجَبَ الحَجْرُ عَلَيهِ بِسُؤَالِ غُرَمائِهِ أَوْ بَعْضِهِمْ

(**ولا يطالب**) مدين (**بـ**) دين (**مؤجل**)؛ لأنه لا يلزمه أداؤه قبل حلوله، ولا يحجر عليه من أجله(١).

(**ومن ماله لا يفي بما عليه**) من الدين(٢) (**حالاً وجب**) على الحاكم (**الحجر [عليه]**[1] **بسؤال غرمائه**) كلهم (**أو بعضهم**)(٣)؛ لحديث كعب

= الجمهور، ولأن تصرف الحاكم في مال المفلس نوع حجر عليه، وهو ممنوع.
ونوقش بعدم التسليم كما سيأتي قريبًا أن المدين يحجر عليه، وعلى هذا فالراجح قول جمهور أهل العلم.
(الفتاوى الهندية ٥/ ٦١، وشرح الخرشي ٥/ ٢٦٨، وفتح العزيز ١٠/ ٢١٦، وكشاف القناع ٣/ ٤٢٠).

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف، ولأن الأجل حق مقصود للمدين، فلا يفوت، ولا يسقط بفلسه كسائر حقوقه.
وعند المالكية: أن المؤجل يحل بتفليس المدين؛ لخراب ذمته في الحجر كالموت.
ونوقش: بعدم تسليم الأصل، فالمؤجل لا يحل بالموت. (المصادر السابقة).

(٢) وهذا هو الحال الرابع من أحوال المدين، وهو من دينه أكثر من ماله، وهو الذي يحجر عليه.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو مذهب المالكية والشافعية؛ مشروعية الحجر على المدين؛ لما استدل به المؤلف، ولما ورد أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب الناس، وقال: «ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته أن يقال: سابق الحاج فادّان معرضًا، فأصبح وقد دين به، فمن كان له عليه =

---

[١] ساقط من/ س.

. . . .

ابن مالك «أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ وباع ماله» . رواه الخلال بإسناده(١) .

= مال فليحضر غداً، فإنا بائعو ماله وقاسموه بين غرمائه». رواه مالك وعبد الرزاق والدارقطني في العلل، والبيهقي في السنن لكنه ضعيف.

ولأن مصلحة الناس تقتضي الحجر على المفلس إذ لو نفذت تصرفاته وإقراراته؛ لأدى ذلك إلى ضياع حقوق الدائنين.

وعند أبي حنيفة: لا يجوز الحجر بسبب الدين؛ لأن الحجر إهدار أهليته وإلحاقه بالبهائم، وذلك ضرر عظيم فلا يجوز لضرر خاص.

ولأن المفلس لا يحجر عليه إذا كان الحجر لمصلحته فكذلك لا يحجر عليه لمصلحة غرمائه.

(تبيين الحقائق ٥/ ١٩٢، والفتاوى الهندية ٥/ ٦١، وشرح الخرشي على خليل ٥/ ٢٦٣، وشرح منح الجليل ٣/ ١١٢، وفتح العزيز ١٠/ ١٩٦، وكشاف القناع ٣/ ٤٢٣).

(١) أخرجه عبد الرزاق ٨/ ٢٦٨ ـ ح ١٥١٧٧، العقيلي في الضعفاء ١/ ٦٨، الدارقطني ٤/ ٢٣١، الحاكم ٢/ ٥٨ ـ البيوع، ٤/ ١٠١ ـ الأحكام، البيهقي ٦/ ٤٨ ـ التفليس ـ باب الحجر على المفلس ـ من طريق عبد الرحمن بن كعب ابن مالك عن أبيه موصولاً.

وأخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى ٣/ ٥٨٤، أبو داود في المراسيل ص ١٣١، الطبراني في الكبير ٢٠/ ٣١ ـ ح ٤٤، إسحاق بن راهويه في مسنده كما في المطالب العالية ١/ ٤١٦ ـ ٤١٧ ـ ح ١٣٨٩ ـ من حديث عبد الرحمن بن كعب بن مالك مرسلاً.

الحديث صححه الحاكم ووافقه الذهبي، وفيه نظر، والصواب أنه مرسل كما قال ابن حجر في النسخة المسندة من المطالب العالية: «هذا =

. . . .

وَيُسْتَحَبُّ إِظْهَارُهُ وَلاَ يُنْفَذُ تَصَرُّفُهُ فِي مالهِ

(ويستحب إظهاره) أي إظهار [حجر][١] المفلس(١) ـ وكذا السفه(٢) ـ ليعلم الناس بحاله[٢]، فلا يعاملوه إلا على بصيرة، **(ولا ينفذ تصرفه)**(٣) أي المحجور عليه لفلس **(في ماله)** الموجود(٤) والحادث بإرث أو[٣]

= الحديث إسناده صحيح ولكنه مرسل»، ونقل الحافظ في التلخيص الحبير ٣/ ٣٧ عن عبد الحق قوله: «المرسل أصح من المتصل»، وعن ابن الطلاع في الأحكام: «هو حديث ثابت».

(١) ويشهد عليه؛ لينتشر ذلك، وربما عزل الحاكم، أو مات فيثبت الحجر عند الآخر، فلا يحتاج إلى ابتداء حجر ثان.

(٢) يستحب إظهاره، والإشهاد عليه.

(٣) شرع المؤلف رحمه الله في بيان الأحكام المتعلقة بالحجر.

(٤) تصرفات المفلس في ماله الموجود لا تخلو من أمرين:

الأول: أن يكون ذلك على جهة المعاوضة كالبيع والشراء والإجارة ونحو ذلك، فإن كان قبل الحجر عليه، فباتفاق الأئمة على نفوذها؛ لأنه رشيد غير محجور عليه فنفذ تصرفه كغيره، ولأن سبب المنع الحجر، فلا يتقدم سببه لكن عند المالكية: أن للغرماء منع المدين من البيع والشراء، ولو لم يحجر عليه القاضي.

وإن كان بعد الحجر عليه: فجمهور أهل العلم على عدم صحة ونفوذ التصرف في ماله؛ لأن حقوق الغرماء تعلقت بأعيان ماله، فلم يصح تصرفه فيها كالمرهونة.

وعند متأخري الحنفية: جواز تصرف المحجور عليه إذا باع شيئًا من ماله بثمن المثل؛ لعدم ضرر الغرماء.

وذهب خليل من المالكية: أن التصرف إذا وقع، فإنه لا يبطل، بل =

[١] ساقط من/ ف.

[٢] في/ ف بلفظ: (ما بحاله).

[٣] في/ ف، ط بلفظ: (وغيره).

بَعْدَ الحَجْرِ

غيره(١) (بعد الحجر) بغير وصية. . . . .

= يوقف على نظر الحاكم والغرماء.

(الفتاوى الهندية ٥/ ٦٢، وحاشية ابن عابدين ٦/ ١٥١، والشرح الكبير للدردير وحاشيته ٣/ ٢٣٨، والأم ٣/ ١٨٦، ونهاية المحتاج ٤/ ٣١٥، وكشاف القناع ٣/ ٤١٢).

الثاني: أن يكون ذلك على جهة التبرع كالهبة، والصدقة، والعتق ونحو ذلك، فإن كان قبل الحجر عليه، فجمهور أهل العلم: جواز تصرفه؛ لأن الأصل جواز الأفعال حتى يقع الحجر، فلا يتقدم المسبب وهو المنع على السبب وهو الحجر.

وعند الإمام مالك، وهو رواية عن الإمام أحمد: عدم جواز تبرعه بشيء، إلا إذا كان مما يلزمه كنفقة الوالد والولد المعسرين، أو شيء جرت به العادة كالأضحية، ونفقة العيد والصدقة اليسيرة؛ لضرر المدين.

وكذا عند شيخ الإسلام، فلا ينفذ عنده شيء من التبرعات كالصدقة، والهبة، والعتق، والوقف مع مطالبة الغرماء.

وإن كان تصرفه بعد الحجر، فباتفاق الأئمة: عدم جواز تصرفه؛ لإبطال حق الغرماء.

(الفتاوى الهندية ٥/ ٦٢، وبداية المجتهد ٢/ ٣٠٩، وحاشية الدسوقي ٣/ ٢٣٥، والمهذب ١/ ٣٢١، وقواعد ابن رجب ص ١٤، وكشاف القناع ٣/ ٤١١).

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لأن مقصود الحجر إيصال الحقوق إلى مستحقها، وهذا لا يختص بالموجود.

وعند الحنفية والمالكية: أن الحجر يختص بالموجود؛ لأن الحجر على المفلس لقصر يده عن التصرف فيما عنده، فلا يتعدى إلى غيره كالراهن الحجر عليه في العين المرهونة لا يتعدى إلى غيرها. (المصادر السابقة).

. . . .

وَلا إِقْرَارُهُ عَلَيهِ، وَمَنْ بَاعَهُ أَوْ أَقْرَضَهُ

أو تدبير(١)، (ولا إقراره عليه) أي على ماله لأنه محجور عليه(٢).

وأما تصرفه في ماله قبل الحجر عليه فصحيح[١]؛ لأنه رشيد غير محجور عليه، لكن يحرم عليه الإضرار بغريمه(٣)، (ومن باعه(٤) أو أقرضه

---

(١) لأنه لا تأثير لذلك إلا بعد الموت، وخروجه من الثلث بعد وفاء دينه.

(٢) كأن يقول لبعض ما بيده ـ مثلاً ـ: هذه وديعة، وهذا هو المذهب، وبه قال ابن القاسم، وأشهب من المالكية؛ لأن حقوق الغرماء متعلقة بأعيان ماله، فلم يقبل الإقرار عليه. (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٤٧).

وعند أبي حنيفة وابن حزم: قبول إقراره بناء على مذهبهما في عدم جواز الحجر عليه.

وعند أصبغ من المالكية يقبل قوله مطلقًا إذا أقر لمن لا يتهم عليه.

وعند خليل من المالكية: أنه يقبل قوله إن قامت بأصل ما أقر به بينة، وهذا إذا لم يكن صانعًا، فإن كان صانعًا قبل قوله في تعيين ما بيده لأربابه مع يمين المقر له، ولو متهمًا عليه، ولا بينة.

وعند الشافعية: يقبل قوله قبل الحجر وبعده.

(المبسوط ٢٠/ ٨٩، والشرح الكبير وحاشيته ٣/ ٢٤١، والمنتقى ٥/ ٨٤، والمهذب ١/ ٣٢١، وتحفة المحتاج ٥/ ١٢٥).

(٣) استدراك من قوله: «وأما تصرفه في ماله...»، فعلى المذهب يصح مع الحرمة، وتقدم قريبًا اختيار شيخ الإسلام وهو مذهب مالك: عدم نفوذ تبرعاته.

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدل به المؤلف.

وعند الحنفية: أن صاحب المتاع أسوة الغرماء، فالكل يشترك في ثمن المتاع حسب الحصص.

وحملوا الحديث على أن المراد بالمال أو المتاع: الغصوب، والعواري، =

---

[١] في/ ط بلفظ: (فيصح).

شَيْئًا

شيئًا)(١) قبل الحجر ووجده باقيًا بحاله(٢) ولـم[١] يأخذ شيئًا من ثمنه فهو

= والودائع ونحو ذلك.

ونوقش: بأنه صرف للحديث عن ظاهره بلا دليل، إذ إن الغير ليس له حق في العين المغصوبة ونحوها حتى يقال: إن المغصوب منه أحق به من غيره، ويرده أيضًا الروايات المصرحة بالبيع.

(الفتاوى الهندية ٥/ ٦٤، وشرح الخرشي على خليل ٥/ ٢٨١، وفتح العزيز ١٠/ ٢٠١، وكشاف القناع ٣/ ٤١١).

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعي؛ لقوله ﷺ: «**من أدرك متاعه عند إنسان أفلس**». متفق عليه، والمقرض قد أدرك متاعه عند المفلس.

والقول الثاني: أن هذا الحكم مختص بالبيع للروايات المصرحة بالبيع، قال الشوكاني في النيل ٥/ ٢٤٤: «لكنه لا يخفى أن التصريح بالبيع لا يصلح لتقييد الروايات المطلقة؛ لأنه إنما يدل على أن غير البيع بخلافه بمفهوم القلب، وما كان كذلك لا يصلح للتقييد».

(٢) يشترط لرجوع من وجد عين ماله عند مفلس ستة شروط:

فالأول: أن تكون العين بحالها لم يتلف بعضها كانهدام بعض الدار، ولم تتغير صفتها بما يزيل اسمها كحنطة طحنت، أو زرعت، ونحو ذلك، وهذا هو المذهب لقوله ﷺ في الحديث: «**أدرك ماله بعينه**».

وعند الشافعي: أن البائع أولى بالعين بعد التغير والنقص.

الثاني: أن يكون البائع حيًا، فإن مات فهو أسوة الغرماء، وهذا هو المذهب؛ لحديث أبي هريرة مرفوعًا: «**وأيما امرئ هلك، وعنده متاع امرئ بعينه اقتضى منه شيئًا أو لم يقتض، فهو أسوة الغرماء**». رواه أبو داود وابن الجارود والدارقطني والبيهقي، لكن صححا إرساله، لكن له طرق أخرى يتقوى بها.

وعند الشافعي: أنه لا يشترط؛ لحديث أبي هريرة مرفوعًا: «**من أفلس**

[٢] في/ س بلفظ: (ولو لم).

. . . .

. . . .

= أو مات، **فأدرك رجل متاعه بعينه، فهو أحق به إلا أن يدعي الرجل وفاء له»**. رواه أبو داود وابن الجارود والدارقطني والحاكم، لكنه لا يثبت، عمر ابن خلدة مجهول العين.

الثالث: أن لا يكون البائع قد قبض من ثمنها شيئًا، وهذا هو المذهب؛ لحديث أبي هريرة مرفوعًا: «**أيما رجل أفلس، فوجد رجل عنده ماله، ولم يكن اقتضى من ماله شيئًا**». رواه أحمد، لكنه منقطع، الحسن لم يسمع من أبي هريرة رضي الله عنه، لكن له طرق تقويه.

وعند الشافعي: له أن يرجع في قدر ما بقي من الثمن؛ لأنه سبب ترجع به العين كلها إلى العاقد، فجاز أن يرجع به بعضها كالفرقة قبل الدخول في النكاح.

الرابع: أن لا تزيد زيادة متصلة كالسمن، وتعلم صنعة أو كتابة، وهذا هو المذهب؛ لأنها زيادة في ملك المفلس، فلم يستحق أخذها كالمنفصلة.

وعند الشافعي: له الرجوع لقوله ﷺ: «**بعينه**». وهذا أدرك ماله بعينه.

وعند مالك: يخير الغرماء بين أن يعطوه السلعة، أو ثمنها الذي باعها به.

والأقرب: أن البائع يستحق الرجوع، ويدفع قيمة الزيادة المتصلة، وتكون أسوة الغرماء.

وأما الزيادة المنفصلة، كالولد، والكسب، والثمرة ونحو ذلك فلا تمنع الرجوع.

الخامس: أن لا يتعلق بها حق الغير من شفعة، أو رهن ونحو ذلك؛ لقوله ﷺ: «**من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس...**». متفق عليه، وهذا لم يدرك متاعه عند المفلس، قال ابن قدامة: «ولا نعلم في هذا خلافًا».

السادس: أن تكون باقية في ملكه، فإن انتقلت عن ملكه ببيع، أو هبة، =

. . . .

بَعْدَهُ رَجَعَ فِيهِ إِنْ جَهِلَ حَجْرَهُ وَإِلاَّ فَلاَ ،

أحق به لقوله عليه السلام: «**من أدرك متاعه عند إنسان أفلس فهو أحق به**». متفق عليه، من حديث أبي هريرة(١).

وكذا لو أقرضه أو باعه شيئًا (**بعده**) أي بعد الحجر عليه (**رجع فيه**) إذا وجده بعينه (**إن جهل حجره**)؛ لأنه معذور بجهل حاله(٢)، (**وإلا**) يجهل الحجر عليه (**فلا**) رجوع له في عينه؛ لأنه دخل على بصيرة(٣)، [ويرجع][١]

= أو وقف ونحو ذلك لم يملك الرجوع؛ لما تقدم في الشرط السابق.

(الخرشي على خليل ٥/ ٢٨١، وفتح العزيز ١٠/ ٢٠١، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٦٣، ونيل الأوطار ٥/ ٢٤٢).

وفي الإنصاف مع الشرح ١٣/ ٢٥٦: «وإن كان المبيع عينين كعبدين، أو ثوبين ونحوهما، فتلف أحدهما، أو نقص ونحوه رجع في العين الأخرى على الصحيح من المذهب»، وفي الشرح: «فإن بذل الغرماء لصاحب السلعة الثمن ليتركها لم يلزمه قبوله، نص عليه أحمد، وبه قال الشافعي.

وقال مالك: ليس له الرجوع؛ لأن الرجوع إنما جاز لدفع ما يلحقه من النقص في الثمن، فإذا بذل له بكماله لم يكن له الرجوع، ولنا الخبر الذي رويناه».

(١) أخرجه البخاري ٣/ ٨٦ ـ الاستقراض ـ باب إذا وجد ماله عند مفلس، مسلم ٣/ ١١٩٣ ـ ١١٩٤ ـ المساقاة ـ ح ٢٢، ٢٣، ٢٤، ٢٥.

(٢) لعموم الخبر، ولا يعد مقصراً بعدم السؤال؛ لأن الغالب على الناس عدم الحجر.

(٣) أي بخراب ذمة المفلس، أشبه من اشترى معيبًا يعلم عيبه.

---

[١] ساقط من/ س.

وَإِنْ تَصَرَّفَ فِي ذِمَّتِهِ، أَوْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ أَوْ جِنَايَةٍ تُوجِبُ قَوْدًا أَوْ مَالاً، صَحَّ

بثمن المبيع وبدل[١] القرض إذا انفك حجره(١).

(**وإن تصرف**) المفلس (**في ذمته**) بشراء أو ضمان أو نحوهما(٢)، (**أو أقر**) المفلس (**بدين أو**) أقرّ بـ(**جناية توجب قودًا أو مالاً، صح**) تصرفه في ذمته وإقراره بذلك؛ لأنه أهل للتصرف والحجر متعلق بماله لا بذمته(٣)،

---

(١) هذا هو الحكم الثالث من الأحكام المتعلقة بالحجر، وهو انقطاع المطالبة، وإنما يرجع من باعه أو أقرضه ونحوه بثمن المبيع وبدل القرض إذا انفك حجره؛ لأنه أتلف ماله بمعاملته من لا شيء معه.

(٢) كقرض أو إجارة صح تصرفه، ويتبع بما لزمه من ذلك بعد فك الحجر عنه.

(٣) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وعند أبي حنيفة وابن حزم: صحة إقرار المحجور عليه بالدين، بناء على مذهبهما، وهو عدم جواز الحجر عليه، قال ابن حزم: «إقرار المفلس بالدين لازم مقبول، ويدخل مع الغرماء؛ لأن الإقرار واجب قبوله، وليس لأحد إبطاله بغير نص قرآن أو سنة...».

وعند المالكية: يصح إقرار المدين بالدين بثلاثة شروط:

الأول: أن يكون الدين ثابتًا بالإقرار.

الثاني: أن يكون الإقرار لمن لا يتهم عليه، فلا يصح إقراره لابنه، أو أخيه، أو صديق ملاطف.

الثالث: أن يكون إقراره في المجلس الذي حجر عليه الحاكم فيه، أو قامت الغرماء عليه فيه، أو قريبًا من ذلك عرفًا، وإن كان الدين ثابتًا بالبينة، فيشترط شرطان:

الأول: أن لا تكون الديون الثابتة تستغرق ما بيده من مال.

الثاني: أن تتقدم معاملة من المفلس للمقر له.

وعن الإمام مالك رحمه الله زيادة شرط: أن يحلف المقر له.

---

[١] في/ ف بلفظ: (ويدخل).

. . . .

. . . .

وعند الشافعية: إن أقر بدين وجب قبل الحجر بمعاملة أو إتلاف، فالأظهر قبوله في حق الغرماء فيزاحمهم.

وإن كان وجوب الدين بعد الحجر فإن كان سببه معاملة، أو مطلقًا لم يقيد بشيء لم يقبل إقراره في حق الغرماء فلا يزاحمهم، وإن كان سببه الإتلاف، فيقبل إقراره، ويزاحم الغرماء.

(المبسوط ٢٠/ ٨٩، والشرح الكبير للدردير وحاشيته ٣/ ٢٤٠، والمنتقى ٥/ ٨٤، والمهذب ١/ ٣٢١، ونهاية المحتاج ٤/ ٣١٧، وكشاف القناع ٣/ ٤١١، والمحلى ٨/ ١٧٤، ٢٧٨).

مسألة:

في كشاف القناع ٣/ ٤٣٣: «ويجب على الحاكم أو أمينه أن يترك للمفلس من ماله ما تدعو إليه حاجته من مسكن وخادم صالحين لمثله. . .

(إن لم يكونا) أي المسكن والخادم (عين مال الغرماء، فإن كانا) عين مال الغرماء لم يترك للمفلس من مال الغرماء (شيء) بل من وجد عين ماله فهو أحق بها بالشروط السابقة، (ولو كان) المفلس (محتاجًا) إلى ذلك؛ لعموم ما سبق من الخبر (لكن إن كان له) أي المفلس (داران يستغني بإحداهما بيعت الأخرى) لعدم احتياجه إلى سكناها، (وإن كان له مسكن واسع عن سكنى مثله، بيع) المسكن الواسع واشتري له مسكن مثله)؛ لاندفاع حاجته به (ورد الفضل) من ثمنه على الغرماء جمعًا بين المصلحتين (وكذلك ثيابه) (إذا كانت رفيعة لا يلبس مثله مثلها) بيعت، واشترى له ما يلبسه مثله، ورد الفضل على الغرماء، (وإن كانت) الثياب (إذا بيعت واشترى له كسوة لا يفضل عنها)، أي عن كسوة مثله (شيء) من ثمن الثياب الرفيعة تركت بحالها، إذ لا فائدة إذن في البيع والشراء.

. . . .

بَعْدَ فَكِّ الحَجْرِ عَنْهُ، وَيَبِيعِ الحَاكِمُ مَالَهُ

(ويطالب به) أي بما لزمه من ثمن مبيع ونحوه[١] وما أقر به **(بعد فك الحجر عنه)** ؛ لأنه حق عليه، وإنما منعنا تعلقه بماله لحق الغرماء، فإذا استوفى فقد[٢] زال العارض.

(ويبيع[٣] الحاكم ماله)(١) أي مال المفلس الذي ليس من جنس الدين

= (وشرط) ترك (الخادم) له (أن لا يكون نفيسًا) لا يصلح لمثله، وإلا بيع واشترى له ما يصلح لمثله إن كان مثله يخدم، ورد الفضل على الغرماء (ويترك) الحاكم للمفلس (أيضًا آلة حرفته) فلا يبيعها لدعاء حاجته إليها كثيابه ومسكنه، (فإن لم يكن) المفلس (صاحب حرفة ترك) الحاكم (له ما يتجر به لمؤنته) أي لتحصيل مؤنته، وفي الموجز والتبصرة: وفرس يحتاج ركوبها، (وينفق) الحاكم (عليه) أي المفلس (وعلى من تلزمه نفقته) من زوجة وخادم وقريب؛ لأنهم يجرون مجرى نفسه (من ماله بالمعروف)؛ لقوله ﷺ: «**ابدأ بنفسك ثم بمن تعول**»، ولأن ملكه باق عليه قبل القسمة (وهو) أي المعروف (أدنى ما ينفق على مثله، وأدنى ما يسكنه مثله).

وقوله: (من مأكل ومشرب وكسوة)، بيان لما ينفق على مثله (إلى أن يفرغ من) قسمة ماله (بين غرمائه إن لم يكن له) أي المفلس، (كسب يفي بذلك)، أي بنفقته وكسوته، فأما إن كان يقدر على التكسب فنفقته في كسبه، فإنه لا حاجة في إخراج ماله مع غناه بكسبه، قال في المغني والشرح.

قال في الإنصاف: وهو قوي (وإن كان كسبه)، أي المفلس (دون نفقته) وكسوته (كملت من ماله)، كما لو لم يكن له كسب (ويجهز هو) أي المفلس، (ومن تلزمه مؤنته غير زوجته من ماله إن مات)، هو أو من تلزمه نفقته، كنفقته، وأما الزوجة فمؤنة تجهيزها في تركتها مطلقًا» اهـ.

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأن النبي ﷺ «لما حجر =

---

[١] في/ ظ بلفظ: (أو نحوه).

[٢] في/ س بلفظ: (وقد).

[٣] في/ ف بلفظ: (يبيع) بدون واو.

وَيُقَسِّمُ ثَمَنَهُ بِقَدْرِ دِيونِ غُرَمَائِهِ،

بثمن مثله أو أكثر، **(ويقسم ثمنه)** فوراً **(بقدر ديون غرمائه)**[١] الحالة[٢]؛

= على معاذ باع ماله في دينه، وقسم ثمنه بين غرمائه». تقدم تخريجه قريبًا، ولما تقدم عن عمر في مال الأسيفع.

ولأن البيع واجب على المدين لإيفاء دينه حتى يحبس عليه، فإذا امتنع عن البيع ناب القاضي منابه كما ينوب مناب المجبوب والعنين إذا أبيا تسريح زوجتيهما.

وعند أبي حنيفة: لا يجوز للحاكم بيع مال المدين، بل يحبس حتى يبيع ماله بنفسه ويوفي حقوق غرمائه، إلا أن يكون دينه دراهم وماله دنانير، أو بالعكس، فالقاضي يبيعها في دين المفلس استحسانًا، والقياس يمنع ذلك.

وعللوا: بأن تصرف الحاكم في مال المفلس نوع حجر عليه وهو ممنوع.

ونوقش بعدم التسليم كما تقدم قريبًا.

وأيضًا: فإن بيع مال المفلس من قبل الحاكم تجارة لا عن تراض فيكون باطلاً بالنص.

ونوقش بأن بيع مال المفلس مستثنى من اشتراط الرضا.

(بدائع الصنائع ٧/ ١٧٤، وشرح الخرشي ٥/ ٢٦٨، وفتح العزيز ١٠/ ٢١٧، وكشاف القناع ٣/ ٤١٠).

(١) ولا فرق بين الديون القريبة والبعيدة، فلا يقدم أحد على أحد، وطريقة القسمة: أن تنسب الموجود من مال المفلس إلى مجموع الديون، وتعطي كل واحد من الغرماء بمقدار هذه النسبة.

مثال ذلك: رجل مدين لرجل بألفين، ولآخر بثلاثة، ولآخر بخمسة، فمجموع الدين عشرة، ومال المدين خمسة، فنسبة الخمسة إلى العشرة النصف، فيعطي كل واحد من الغرماء نصف ماله من الدين، والله أعلم.

(٢) لا المؤجلة، فلا يشاركون ذوي الديون الحالة.

. . . .

ولا يَحِلُّ مُؤجَلٌ بِفِلْسٍ

لأن هذا هو جل[١] المقصود من الحجر عليه، وفي تأخيره[٢] مطل وهو ظلم لهم(١).

(**ولا يحل**) دين (**مؤجل بفلس**)(٢) مدين؛ لأن الأجل حق للمفلس

---

(١) هناك أمور ينبغي مراعاتها عند بيع مال المفلس، وقسمته على الغرماء:
أ ـ المبادرة إلى بيع المال وقسمته، لئلا تطول مدة الحجر، على أنه لا يفرط في الاستعجال، فيباع بثمن بخس.
ب ـ أن يبيع بحضرة المفلس، أو وكيله؛ لكونه أطيب لنفسه، وأعرف بالمبيع.
جـ ـ إحضار مستحقي البيع، ويقدم المرهون في حق المرتهن.
د ـ يباع منْ ماله أولاً ما يخشى عليه الفساد، ثم الحيوان لحاجته إلى النفقة، ثم المنقَولات، ثم العقارات؛ لأنه لا يخشى عليها الهلاك والسرقة.
هـ ـ يشهر البيع؛ ليظهر الراغبون، ويباع كل شيء في سوقه.
و ـ يجب أن يكون البيع بثمن المثل حالاً من نقد البلد.
ز ـ أن يكون البيع بالخيار للحاكم فيه ثلاثة أيام للاستقصاء في الثمن.
(شرح الخرشي ٥/ ٢٦٩، وفتح العزيز ١٠/ ٢١٧، وكشاف القناع ٣/ ٤٢١).

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور العلماء؛ لما علل به المؤلف، ولأنه يملك التصرف في الذمة فلم يحل عليه الدين كما لو لم يحجر عليه.
وعند المالكية: أن الدين المؤجل يحل بتفليس المدين، وذلك لخراب ذمته بالحجر كالموت.
قال ابن قدامة: «ولا نسلم أن الدين يحل بالموت فهو كمسألتنا، وإن سلمنا فالفرق بينهما أن ذمة الميت قد خربت وبطلت بخلاف ذمة المفلس»، =

---

[١] في/ م، ف بلفظ: (أجل).

[٢] في/ م، ف بلفظ: (تأخير).

وَلاَ بِمَوْتٍ إِنْ وَثَّقَ وَرَثَتُهُ بِرَهْنٍ أَوْ كَفِيلٍ مَلِيءٍ

فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه، **(ولا)** يحل مؤجل أيضًا **(بموت)** مدين(١) **(إن وثق ورثته برهن)** يحرز[١] (٢) **(أو كفيل مليء)** بأقل الأمرين من قيمة التركـة أو الدين(٣)؛ لأن الأجل حق للميت فورث عنه كسائر حقوقه(٤)، فإن لم يوثقوا حل[٢] لغلبة الضرر(٥).

= وعلى هذا فالراجح قول جمهور أهل العلم.
(الفتاوى الهندية ٥/ ٦٤، والشرح الكبير للدردير وحاشيته ٣/ ٢٣٩، وروضة الطالبن ٤/ ١٢٨، والمغني ٦/ ٥٦٦).

(١) وفي الإفصاح ١/ ٣٧٢: «واختلفوا في الدين المؤجل هل يحل بالموت؟ فقال أحمد وحده: لا يحل بالموت في أظهر روايتيه إذا وثق الورثة، وقال الباقون: يحل بالموت كالرواية الثانية عنه».

(٢) أي إن وثق الورثة أو غيرهم رب الدين برهن يحرز الأقل من الدين أو التركة يثق به لوفاء حقه.

(٣) أي أو وثق الورثة «بكفيل مليء بأقل الأمرين» متعلق «بوثق» من قيمة التركة أو الدين؛ لأن الورثة قد لا يكونون أملياء، أو لا يرضى بهم الغريم، فيؤدي إلى فوات حقه، ومثله إن لم يكن له ورثة.

(٤) فيبقى الدين في ذمة الميت، ويتعلق بعد موته بعين ماله، كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه، وتختص أرباب الديون الحالة بالمال، ولا يرجع رب المؤجل عليهم بعد حلوله، بل على من وثقه.

(٥) وكذا إن لم يكن ورثة؛ لئلا يضيع ويأخذه ربه كله، إن اتسعت التركة له، أو يحاص به الغرماء، ولا يسقط منه شيء في مقابلة الأجل، وكذا حكم من طرأ عليه جنون.

---

[١] في/ ف، س بلفظ: (يجوز).

[٢] في/ س بلفظ: (أهل).

وَإِنْ ظَهَرَ غَرِيمٌ بَعْدَ القِسْمَةِ رَجَعَ عَلَىٰ الغُرَمَاءِ بِقِسْطِهِ

(**وإن ظهر غريم**)(١) للمفلس (**بعد القسمة**) لماله لم تنقض(٢)، و(**رجع على الغرماء بقسطه**)(٣)؛ لأنه لو كان حاضراً شاركهم، فكذا إذا ظهر، وإن بقي على المفلس بقية، وله صنعة أجبر على التكسب(٤)؛ لوفائها

---

(١) دينه حال ليس مؤجلاً.

(٢) لأنهم لم يأخذوا زائداً على حقهم، وإنما تبين مزاحمتهم، وبه قال الشافعي.

(٣) أي بقدر حصته.

مثال ذلك: رجل مدين لرجل بألفين ولآخر بثلاثة، فمجموع الدين خمسة، وماله ألف، ونسبة الألف إلى الخمسة الخمس، فمن له ألفان أخذ أربعمائة، ومن له ثلاثة أخذ ستمائة، فإذا ظهر غريم ثالث له خمسة آلاف، فأصبحت نسبة مجموع الدين إلى المال: العشر، فمن له ألفان أخذ مائتين، ومن له ثلاثة أخذ ثلاثمائة، ولصاحب الخمسة خمسمائة، فيرجع على صاحب الألفين الذي أخذ أربعمائة أولاً بمائتين، وعلى صاحب الثلاثة بثلاثمائة، والله أعلم.

(٤) وهذا هو المذهب؛ لأن النبي ﷺ «باع سُرَّقًا في دينه، وكان سُرَّق دخل المدينة، وذكر أن وراءه مالاً، فداينه الناس، فركبته الديون، ولم يكن وراءه ماله فسماه سُرَّقًا، وباعه بخمسة أبعرة». رواه الدارقطني والبيهقي، والحر لا يباع، فتبين أنه باع منافعه، لكن الحديث لا يثبت.

ولأن الإجارة عقد معاوضة، فجاز إجباره عليها كبيع ماله.

وعند مالك والشافعي والرواية الثانية عن الإمام أحمد: أنه لا يجبر لقول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾، ولحديث أبي سعيد رضي الله عنه «أن رجلاً أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه، فقال النبي ﷺ: «**تصدقوا عليه**»، فتصدقوا عليه، فلمَّ وفَّى دينه، فقال النبي ﷺ: «**خذوا ما** =

وَلاَ يَفُكُّ حَجْرَهُ إِلاَّ حَاكِمٌ.

كوقف وأم ولد يستغنى عنهما[(١)].

(**ولا يفك حجره إلا حاكم**) لأنه ثبت بحكمه فلا يزول إلا به[(٢)]، وإن وفّى ما عليه انفك الحجر بلا حاكم لزوال موجبه[(٣)].

* * *

= وجدتم، وليس لكم إلا ذلك». رواه مسلم.
ولأنه تكسب للمال، فلم يجبر عليه كقبول الهبة، والصدقة.
(شرح الخرشي على خليل ٥/ ٢٦٨، وفتح العزيز ١٠/ ٢١٦، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٣٣٩).

(١) أي كما يجبر على إيجار وقف عليه، وأم ولد يستغني عنهما للقدرة على الوفاء.

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لما علل به المؤلف؛ ولأن فراغ مال المفلس يحتاج إلى بحث فوقف على الحاكم.
وعند الحنفية والمالكية: أن الحجر على المدين يزول بقسمة ماله على غرمائه؛ لأن علة الحجر هي خوف إتلاف المال، فإذا زالت هذه العلة زال معلولها.
(العناية على الهداية ٧/ ٢٧١، وشرح الخرشي وحاشيته ٥/ ٢٦٩، والمهذب ١/ ٣٢٧، وكشاف القناع ٣/ ٤٢٩).

(٣) بكسر الجيم، أي الأثر الذي يوجبه.

* * *

. . . .

فصل

في المحجور عليه لحظه

وَيُحْجَرُ عَلَىٰ السَّفِيهِ والصَّغِيرِ والمَجْنُونِ لِحَظِّهِمْ

فصل

في المحجور عليه لحظه(١)

(ويحجر على السفيه(٢) والصغير والمجنون لحظهم) إذ المصلحة تعود

---

(١) هذا هو القسم الثاني من قسمي الحجر، وهو حجر المحجور عليه لحظ نفسه، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ﴾ الآية، ولأن النبي ﷺ رد من أعتق عبداً له عن دبر لا مال له غيره. رواه البخاري.

قال ابن هبيرة في الإفصاح ١/ ٣٧٥: «اتفقوا على أن الأسباب الموجبة للحجر: الصغر والرق والجنون»، وقال ابن المنذر كما في الشرح مع الإنصاف ١٣/ : «أكثر علماء الأمصار يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيراً كان أو كبيراً» ويأتي.

(٢) في اللغة ضد الحُلُم، وأصله الخفة والحركة، والسفه: نقص في العقل، وخفة في البدن، ومنه قيل: زمام سفيه أي كثير الاضطراب، وثوب سفيه: رديء النسج (المصباح المنير ١/ ٣٣٠، ومختار الصحاح ص ٢٠٢).

وفي الاصطلاح: فقد اختلف العلماء في ذلك على أقوال:

فعند الحنفية: أن يخرج الإنسان بتصرفاته عن حد المألوف في عرف العقلاء، ويشمل الإسراف في المباحات والقربات، كالإسراف في الطعام =

. . . .

عليهم بخلاف المفلس(١)، والحجر عليهم عام في ذممهم[١] ومالهم(٢)، ولا يحتاج لحاكم(٣)، فلا يصح تصرفهم قبل . . . .

= والشراب والمركب، وفي الصدقات، ووجه البر مثل بناء المساجد والأوقاف ونحو ذلك؛ لقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ إِذَا أَنفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا ﴾.

وعند المالكية: صرف المال في غير ما يراد له شرعًا؛ كصرفه في معصية، أو بغبن فاحش خارج العادة، أو في شهواته على خلاف عادة مثله، أو إتلافه هدرًا، وأما الصدقة بماله فلا يعد سفهًا.

وعند الشافعية: يكون بأحد أمرين: إما أن ينفقه في المعاصي، أو في مصلحة فيه ولا غرض مثل أن يشتري ما يساوي درهمًا بمائة درهم.

وأما صرف المال في الصدقة، أو في وجوه الخير كالعتق والمطاعم والمشارب التي لا تليق بحاله فليس بتبذير.

وعند الحنابلة: صرفه في محرم أو فيما لا فائدة فيه، أو في مباح قدرًا زائدًا على المصلحة أو في مباح ويضر بعياله، أو كان وحده ولم يثق بإيمانه، وليس صرفه في أبواب البر من الإسراف.

(حاشية ابن عابدين ٥/ ١٢٩٨، وتكملة البحر الرائق ٨/ ٩٢، ومنح الجليل ٣/ ١٧٢، والشرح الصغير ٢/ ١٣٢، والمجموع ١٣/ ٣٦٩، ونهاية المحتاج ٤/ ٣٦١).

(١) فالحجر عليه لحظ غيره، لا لنفسه.

(٢) بخلاف المفلس ففي ماله وذمته.

(٣) الحجر على الصغير والمجنون لا يحتاج إلى حاكم؛ لأن الجنون والصغر علة الحجر عليه، إلا إن بلغ عاقلاً ثم جن فيحتاج إلى حاكم على المذهب.

وأما السفيه، فقد اختلف العلماء رحمهم الله في اشتراط الحاكم للحجر =

---

[١] في/ ف بلفظ: (ذمتهم).

وَمَنْ أَعْطَاهُمْ مَالَهُ بَيْعًا أَوْ قَرْضًا رَجَعَ بِعَيْنِهِ

الإذن[١].

(ومن أعطاهم ماله بيعًا أو قرضًا) أو وديعة ونحوها[٢] **(رجع بعينه)** إن بقي لأنه ماله[٣].

= عليه على أقوال:

فالمذهب: أنه إذا بلغ رشيداً، ثم سفه لا يحجر عليه إلا الحاكم، وإن بلغ سفيهًا لا حاجة إلى حاكم.

والقول الثاني: أنه لا يعد محجوراً عليه إلا بحكم الحاكم، ولا يعد محجوراً عليه قبل ذلك، وهو قول المالكية والشافعية.

واستدلوا: بأن عليًا رضي الله عنه «سأل عثمان أن يحجر على عبد الله ابن جعفر»، فدل على أنه لا يكون محجوراً عليه إلا بالحاكم، ولأن السفه يختلف فيحتاج إلى اجتهاد الحاكم كالفسخ بسبب العنة.

وعند محمد بن الحسن وابن القاسم من المالكية: أن السفيه يعد محجوراً عليه بمجرد ظهور السفه، ولا حاجة إلى حكم حاكم.

واستدلوا: بحديث جابر «أن رجلاً أعتق عبداً ليس له مال غيره، فرده النبي ﷺ». رواه البخاري ولم يكن حجر عليه قبل ذلك.

وقياسًا على الحجر على المجنون، فالمجنون يحجر عليه بنفس الجنون، ولا يتوقف على القضاء.

(حاشية الدسوقي ٣/ ٢٩٨، والمجموع ١٣/ ٣٧٩، والمغني في الشرح الكبير ٤/ ٥٢٥، وكشاف القناع ٣/ ٤٥٢).

(١) أي لا يصح تصرف الصبي والسفيه ونحوهما في أموالهم وذممهم قبل الإذن لهم؛ لأن تصرفهم يفضي إلى ضياع أموالهم، وفيه ضرر عليهم.
أما المجنون فلا يصح تصرفه مطلقًا، ولو أذن له.

(٢) كعارية، ووديعة.

(٣) وتصرفهم فاسد، فهو باق على ملكه.

وَإِنْ أَتْلَفُوهُ لَمْ يضْمَنُوا وَيَلْزَمُهُمْ أَرْشُ الجِنَايةِ، وَضَمَانُ مَالِ مَنْ لَمْ يَدْفَعْهُ إِلَيهمْ

(**وإن**) تلف في أيديهم[1]، أو (**أتلفوه لم يضمنوا**)؛ لأنه سلطهم عليه[2] برضاه علم بالحجر أو لا لتفريطه[3]، (**ويلزمهم أرش الجناية**) إن جنوا[4]؛ لأنه لا تفريط من المجني عليه[5] والإتلاف يستوي فيه الأهل وغيره.

(**و**) يلزمهم أيضًا (**ضمان مال من لم يدفعه إليهم**)[6]؛ لأنه لا تفريط من المالك[7] والإتلاف يستوي فيه الأهل وغيره[8].

---

(١) أي بنفسه كموت قن، وحيوان لم يضمنوا سواء كان بتعد منهم، أو تفريط أو لا.

(٢) فكان من ضمان مالكه، وليسوا من أهل الحفظ لعارية ونحوها. (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٣٥٠).

(٣) وهذا هو المذهب؛ لأن الحجر عليهم مظنة الشهرة.

وقيل: يضمن المجنون.

وقيل: يضمن السفيه إذا جهل أنه محجور عليه.

واختار في الرعاية الضمان مطلقًا، واختاره ابن عقيل، قال المرداوي: وهو الصواب كتصرف العبد بغير إذن سيده. (المصدر السابق).

(٤) أي على نفس، أو طرف، أو جرح على ما يأتي تفصيله في الجنايات إن شاء الله تعالى.

(٥) وفي الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ٣٥٠: «بلا نزاع».

(٦) إذا أتلفوه، أو أتلفوا شيئًا منه.

(٧) لحصوله في أيديهم بغير اختياره كالغصب والجناية.

(٨) أي إتلاف المال يستوي فيه الأهل للحفظ، وغير الأهل للحفظ كالصبي والمجنون والسفيه.

. . . .

. . . .

(وإن تم لصغير خمس عشرة سنة) حكم ببلوغه[1] لما روى ابن عمر

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لما استدل به المؤلف من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

وفي لفظ: «عرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة، فردني ولم يرن بلغت، وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازني». قال ابن حجر ٥/ ٢٧٩: «أخرجه عبد الرزاق عن ابن جريج، ورواه أبو عوانة وابن حبان في صحيحيهما من وجه آخر عن ابن جريج أخبرني نافع، فذكر هذا الحديث بلفظه، وهي زيادة صحيحة لا مطعن فيها لجلالة ابن جريج وتقدمه على غيره في حديث نافع، وقد صرح فيها بالتحديث فانتفى ما يخشى من تدليسه».

ولما روى أنس مرفوعًا: «**إذا استكمل المولود خمسة عشرة كتب ما له، وما عليه، وأخذت منه الحدود**». رواه البيهقي.

ولأنه الحد الذي يسهم له فيه في الجهاد ولمن حضر القتال.

وعند الحنفية ومالك وفي رواية عنه: يحصل ببلوغ السابعة عشرة، وعن أبي حنيفة: أن بلوغ الغلام بثمانية عشرة.

وعند أكثر المالكية: بلوغ الثامنة عشرة للغلام والجارية.

وعللوا: أن هذه السن لا يبلغها أحد إلا احتلم.

ولأن فيه ثبوت الحد وهو لا يثبت إلا بتوقيف أو اتفاق، ولا توقيف فيما دون هذا.

وعند ابن حزم بإكمال تسعة عشر عامًا؛ لأن إكمال التسعة عشر إجماع متيقن.

والأقرب: قول الشافعية والحنابلة، قال ابن العربي: «إذا لم يكن حديث ابن عمر دليلاً في السن فكل عدد يذكرونه من السنين فإنه دعوى، =

. . . .

أَوْ نَبَتَ حَوْلَ قُبُلِهِ شَعْرٌ خَشِنٌ

قال: «عرضت على النبي ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، وعرضت عليه يوم الخندق، وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني». متفق عليه(١).

(**أو نبت حول قبله شعر خشن**)(٢)، حكم ببلوغه(٣)؛ لأن سعد بن

= والسن التي أجازها رسول الله ﷺ أولى من سن لم يعتبرها ولا قام في الشرع دليل عليها».

(بدائع الصنائع ٧/ ١٧١، وتبيين الحقائق ٥/ ٢٠٣، وأحكام القرآن للقرطبي ٥/ ٣٦، والشرح الكبير للدردير ٣/ ٢٩٣، والمهذب ١/ ٣٣٨، وكشاف القناع ٣/ ٤٣٢).

(١) أخرجه البخاري ٣/ ١٥٨ - الشهادات - باب بلوغ الصبيان وشهاداتهم ٥/ ٤٥ - المغازي - باب غزوة الخندق وهي الأحزاب، مسلم ٣/ ١٤٩٠ - الإمارة - ح ٩١.

(٢) وهو أن ينبت الشعر الخشن حول ذكر الرجل أو فرج المرأة الذي استحق أخذه بالموسى، لا الزغب الضعيف، فلا اعتبار به فإنه ينبت في حق الصغير.

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية؛ لما استدل به المؤلف.

ولما ورد أن عمر كتب إلى عامله: «أن لا تأخذ الجزية إلا ممن جرت عليه المواسي»، ولأنه خارج يلازمه البلوغ غالبًا، ويستوي فيه الذكر والأنثى فكان علمًا على البلوغ كالاحتلام.

وعند الحنفية وقول للشافعية: أنه ليس من علامات البلوغ؛ لأنه نبات شعر فأشبه نبات شعر سائر البدن.

ونوقش: بالفرق لورود النص باعتبار شعر العانة دون غيره، وعلى هذا فالأقرب ما ذهب إليه الحنابلة والمالكية. (المصادر السابقة).

أَوْ عَقَلَ مَجْنُونٌ وَرَشَدَا ،

معاذ لما حكم في بني قريظة بقتلهم وسبي ذراريهم أمر أن يكشف عن مؤتزرهم ، فمن أنبت فهو من المقاتلة ومن لم ينبت فهو مِن الذرية ، وبلغ ذلك النبي ﷺ فقال : «**لقد حكمت بحكم الله من فوق سبعة أرقعة**»(١) . متفق عليه(٢) .

(أو أنزل) حكم ببلوغه(٣) ؛ لقوله تعالى : ﴿ **وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا** ﴾(٤) ، (**أو عقل مجنون وَرَشَدَا**) أي من بلغ وعقل(٥) .

---

(١) قيل : سميت بذلك ؛ لأنها رقعت بالنجوم .

(٢) أخرجه بنحوه البخاري ٤/ ٢٨ ـ الجهاد ـ باب إذا نزل العدو على حكم رجل ٤/ ٢٢٧ ـ مناقب الأنصار ـ باب مناقب سعد بن معاذ ٥/ ٥٠ ـ المغازي ـ باب مرجع النبي ﷺ من الأحزاب ، ٧/ ١٣٥ ـ الاستئذان ـ باب قول النبي ﷺ : «**قوموا إلى سيدكم**» ، مسلم ٣/ ١٣٨٩ ـ الجهاد ـ ح ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٦ ـ من حديث أبي سعيد الخدري .

(٣) وهذا بإجماع أهل العلم : أن البلوغ يحصل بالإنزال ، ولا فرق بين الجارية والغلام ، وهو خروج المني من قبله سواء كان يقظة أو منامًا بجماع أو احتلام أو غير ذلك . (المغني ٦/ ٥٩٧ ، وأحكام القرآن للقرطبي ٥/ ٣٥) .

(٤) سورة النور ، آية : (٥٩) .

وقول النبي ﷺ : «**رفع القلم عن ثلاثة ؛ عن الصبي حتى يحتلم**» . وقال ﷺ لمعاذ : «**خذ من كل حالم دينارًا**» . رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه ، وحسنه الترمذي ، ثم ذكر أن بعضهم رواه مرسلاً ، قال : وهذا أصح ، وكذا قال الدارقطني في العلل .

(٥) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٣٥١ : «إذا عقل المجنون ورشد انفك الحجر عنه ، ولا يحتاج إلى حكم حاكم بغير خلاف» .

أَوْ رَشَدَ سَفِيهٌ زَالَ حَجْرُهُمْ بِلا قَضَاءٍ، وَتَزِيدُ الجَارِيَةُ فِي البُلُوغِ بِالحَيْضِ،

(**أو رشد سفيه زال حجرهم**) لزوال علته(١) [قال تعالى][١]: ﴿**فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**﴾(٢) (**بلا قضاء**) حاكم لأنه ثبت بغير حكمه، فزال لزوال موجبه بغير حكمه(٣).

(**وتزيد الجارية**) على الذكر (**في البلوغ بالحيض**)(٤)؛ لقوله ﷺ: «**لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار**»(٥) رواه الترمذي وحسنه(٦).

---

(١) وهو الجنون، والسفه.

(٢) سورة النساء، آية: ٦.

(٣) وهذا هو المذهب؛ لأن السفه سبب الحجر وعلته، فيزول بزواله كما في حق الصغير والمجنون، لكن إن بلغ رشيد عاقل، ثم سفه، أو جن، فلا يحجر عليه إلا الحاكم ولا يفك الحجر عنه إلا الحاكم.

وعند المالكية والشافعية: أنه لا يزول الحجر عن السفيه إلا بحكم القاضي؛ لأنه ثبت بحكم الحاكم، فلا يزول إلا به كالحجر على المدين، ولأن الرشد يحتاج إلى اجتهاد في معرفته.

(تبيين الحقائق ٥/ ١٩٤، والذخيرة ص ٣١٧، ونهاية المحتاج ٤/ ٣٦٥، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٣٥١).

(٤) وهذا مما لا خلاف فيه بين أهل العلم: أن الحيض علم على البلوغ؛ لما استدل به المؤلف. (المغني ٦/ ٥٩٩، وأحكام القرآن للقرطبي ٥/ ٣٥).

(٥) وجه الدلالة: أنه ﷺ علق قبول صلاة الحائض بالخمار فدل على اعتباره.

(٦) أخرجه أبو داود ١/ ٤٢١ ـ الصلاة ـ باب المرأة تصلي بغير خمار ـ ح ٦٤١، الترمذي ٢/ ٢١٥ ـ الصلاة ـ ح ٣٧٧، ابن ماجه ١/ ٢١٥ ـ الطهارة ـ باب إذا حاضت المرأة لم تصل إلا بخمار ـ ح ٦٥٥، أحمد ٦/ ١٥٠، ٢١٨، ٢٥٩، ابن أبي شيبة ٢/ ٢٣٠ ـ الصلاة ـ باب المرأة تصلي ولا تغطي شعرها، =

---

[١] ساقط من/ ف.

وَإِنْ حَمَلَتْ حُكِمَ بِبلُوغِهَا ، وَلاَ يَنْفَكُّ الحَجْرُ قَبْلَ شُرُوطِهُ

(**وإن حملت**) الجارية (**حكم ببلوغها**) عند الحمل ؛ لأنه دليل إنزالها ؛ لأن الله تعالى أجرى العادة بخلق الولد من مائهما[1] ، فإذا ولدت حكم ببلوغها من ستة أشهر لأنه اليقين[2] .

(**ولا ينفك الحجر**) عنهم (**قبل شروطه**) السابقة[3] بحال ولو صار

= ابن خزيمة ١/ ٣٨٠ ـ ح ٧٧٥ ، ابن حبان كما في الإحسان ٣/ ١٠٦ ـ ١٠٧ ـ ح ١٧٠٨ ، ١٧٠٩ ، الحاكم ١/ ٢٥١ ـ الصلاة ، ابن حزم في المحلى ١/ ٩٠ ، ٣/ ٢١٩ ، البيهقي ١/ ٢٣٣ ـ الصلاة ـ باب ما تصلي فيه المرأة من الثياب ، ابن عبد البر في التمهيد ٦/ ٣٦٨ ، البغوي في شرح السنة ٢/ ٤٣٦ ـ الصلاة ـ باب في كم تصلي المرأة ـ ح ٥٢٧ ـ من حديث عائشة .

الحديث صحيح ، وصححه ابن خزيمة وابن حبان والحاكم ، وحسنه الترمذي .

(١) قال تعالى : ﴿ **فَلْيَنظُرِ الإِنسَانُ مِمَّ خُلِقَ ⁽٥⁾ خُلِقَ مِن مَّاءٍ دَافِقٍ ⁽٦⁾ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ** ﴾ .

وقوله ﷺ : « **وإن غلب ماء المرأة أتت بإذن الله** » . رواه مسلم .

(٢) أي أقل مدة الحمل ستة إذا كانت توطأ ؛ لأنه اليقين ، وإلا فلأكثر مدة الحمل منذ طلقت .

والصحيح من المذهب : أن الجارية إذا بلغت ورشدت دفع إليها مالها .

وعن الإمام أحمد : لا يدفع إلى الجارية مالها إلا بعد رشدها حتى تتزوج وتلد ، أو تقيم في بيت الزوج سنة .

قال القاضي : عندي إذا لم تتزوج يدفع إليها مالها إذا عنست وبرزت للرجال ، قال المرداوي : وهو الصواب . (الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ٣٦٦) .

(٣) أي ولا ينفك الحجر عن السفيه ، والصغير ، والمجنون قبل شروطه السابقة ، وهي البلوغ ، أو العقل مع الرشد .

. . . .

شيخًا[١].

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، فلا يدفع إليه ماله حتى يؤنس منه الرشد؛ لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا ﴾.

وقوله تعالى: ﴿ فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾ فأثبت الولاية على السفيه.

وعند أبي حنيفة: يسلم إليه ماله مطلقًا إذا بلغ خمسًا وعشرين سنة بلغ رشيدًا أم لا؛ لقوله تعالى: ﴿ وَآتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ ﴾ فلم يشترط الله الرشد هنا، واشترط الله الرشد في قوله تعالى: ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا ﴾ فكان ذلك مستعملاً ما بين البلوغ وخمس وعشرين، فإذا بلغها ولم يؤنس منه الرشد دفع إليه ماله.

ولقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا ﴾ فدل على أنه إذا بلغ حد الكبر وهو خمس وعشرون سنة استحق له المال؛ لأنه مثله يكون جدًا، ومحال أن يكون جدًا، ولا يكون في حد الكبار.

قال ابن العربي: «الحكم بخمس وعشرين لا وجه له لاسيما وأبو حنيفة يرى المقدرات لا تثبت قياسًا، وإنما تؤخذ من جهة النص، وليس في هذه المسألة نص. . . ولا يشهد له معنى، والله سبحانه حرم إيتاءهم أموالهم إذا كانوا سفهاء بآيتين، ولا شك أن الخاص مقدم على العام، فإن كان هذا الشرط مفقودًا بعد خمس وعشرين وجب أن لا يجوز دفع المال إليهم».

(أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٧٦، والمدونة ٥/ ٢٢٠، وأحكام القرآن لابن العربي ١/ ٣٠٩، والأم ٣/ ١٩٤، ونهاية المحتاج ٤/ ٣٥٧، والمغني والشرح الكبير ٤/ ٥١٢).

. . . .

وَالرُّشْدُ: الصَّلاحُ فِي المَالِ، بِأَنْ يَتَصَرَّفَ مِرارًا فَلا يَغْبَنُ غَالبًا،

(**والرشد: الصلاح في المال**) لقول[١] ابن عباس في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾(١) أي: صلاحًا في أموالهم(٢)، فعلى هذا يدفع إليه ماله[٢]، [وإن كان][٣] مفسدًا لدينه(٣)، ويؤنس رشده (**بأن يتصرف مرارًا فلا يغبن**) غبنًا فاحشًا(٤) (**غالبًا**).

---

(١) سورة النساء، آية: (٦).

(٢) أخرجه الطبري في جامع البيان ٤/ ٢٥٢، البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٥٩ - الحجر - باب الرشد هو الصلاح في الدين وإصلاح المال - من طريق علي بن أبي طلحة عن ابن عباس، وإسناده منقطع حيث إن عليًا لم يسمع التفسير من ابن عباس، قاله دحيم، وقال أبو حاتم: علي بن أبي طلحة عن ابن عباس مرسل.

انظر: المراسيل لابن أبي حاتم ص ١١٨، جامع التحصيل في أحكام المراسيل ص ٢٤٠، وعزاه السيوطي لابن المنذر، وابن أبي حاتم، انظر: الدر المنثور ٢/ ١٢١.

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية؛ لما استدل به المؤلف.

وعند الشافعية: الرشد: الصلاح في الدين والمال؛ لأن حفظه للمال لا يوثق به مع فسقه؛ لأنه لا يؤمن أن يدعوه الفسق إلى التبذير.

(الذخيرة ص ٣١٤، وحاشية الدسوقي ٣/ ٢٩٨، ومغني المحتاج ٢/ ١٧٠).

(٤) قوله: «يؤنس» بالبناء للمفعول، أي يعلم رشده، بأن يتكرر منه البيع والشراء مرارًا، فلا يغبن غبنًا فاحشًا، والمرجع في ذلك إلى العرف. وقيده بالفاحش؛ لأن غير الفاحش كل يغبن به.

---

[١] في/ ط بلفظ: (لقولة).

[٢] في/ ش بلفظ: (مال).

[٣] ساقط من/ ف.

أَوْ فِي غَيْرِ فَائِدَةٍ، وَلا يَدْفَعُ إِلَيه، حَتَّىٰ يُخْتَبَرَ قَبْلُ بلوغه بِمَا يَلِيقُ بِهِ

ولا يبذل ماله(١) في حرام كخمر وآلات لهو(٢)، (أو في غير فائدة) كغناء(٣) ونقط[١](٤)؛ لأن من صرف ماله في ذلك عد سفيهًا(٥).

(ولا يدفع إليه) أي إلى الصغير[٢] (حتى يختبر) ليعلم رشده (قبل بلوغه بما يليق به)(٦)؛ لقوله تعالى: . . . .

= وقوله: «مرارًا» جمع مرة، فيصدق على ثلاث فأكثر، فلا يكفي مرة، ولا مرتان.

(١) يحتمل أن المراد به الجنس، فيشمل بعض المال، ويحتمل أن لا يراد به الجنس، فيشمل كل المال أو أكثره.

(٢) ونحو ذلك من المحرمات، إذ هو من إضاعة المال المنهي عنه كما في حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه: «**إن الله كره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال**». متفق عليه.

(٣) ولو كان مباحًا، كغناء مباح.

(٤) النقط: هو ما يقدم إلى العروسين أو أحدهما من مال أو هدية (المعجم الوسيط ٢/ ٩٥٦).

(٥) بخلاف صرفه في البر، وتقدم الكلام عليه قريبًا.

(٦) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٣٦٣: «ولا يدفع إليه ماله حتى يختبر؛ لأنه إنما يعرف رشده باختباره؛ لقول الله تعالى: ﴿**وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ**﴾ أي اختبروهم، واختباره بتفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثاله، فإن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع والشراء، فإذا تكرر منه فلم يغبن، ولم يضيع ما في يديه فهو رشيد، وإن كان من أولاد الدهاقين والكبراء الذين يصان أمثالهم عن الأسواق دفعت إليه نفقة مدة لينفقها في مصالحه، فإن صرفها في مصارفها، واستوفى على وكيله، واستقصى عليه دل على

---

[١] جميع النسخ ما عدا/ ف بلفظ: (نفط).

[٢] في/ ف بلفظ: (صغير).

وَوَلِيهُمْ حَالَ الحَجْرِ : الأَبُ ثُمَّ وَصِيُّهُ ثُمَّ

﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ ﴾(١) الآية(٢)، والاختبار[١] يختص بالمراهق الذي يعرف المعاملة والمصلحة(٣)، (ووليهم) أي ولي السفيه الذي بلغ سفيهًا واستمر(٤)، والصغير والمجنون (حال[٢] الحجر: الأب) الرشيد العدل ولو ظاهرًا(٥) لكمال شفقته، (ثم وصيّه)؛ لأنه نائبه ولو بجعل، وثم متبرع، (ثم

= رشده، والمرأة يفوض إليها ما يفوض إلى ربة البيت من استئجار الغزلات، وتوكيلها في شراء الكتان، وأشباه ذلك، فإن وجدت ضابطة لما بيدها مستوفية من وكيلها فهي رشيدة».

(١) سورة النساء، آية: (٦).

(٢) ظاهر الآية: أن ابتلاءهم قبل البلوغ؛ لأن الله تعالى سماهم يتامى، وإنما يكون ذلك قبل البلوغ، ومد اختبارهم إلى البلوغ بلفظ ﴿ حَتَّىٰ ﴾ فدل على أنه قبله، ولأن تأخيرهم إلى البلوغ يفضي إلى الحجر على البالغ الرشيد.

(٣) أي والاختبار فيما تقدم ونحوه يختص بالمراهق المميز الذي يعرف البيع والشراء والمصلحة والمفسدة، وإلا أدى إلى ضياع المال، والشارح دفع ما يتبادر من قول الماتن: «قبل» فإن يشمل القليل والكثير، والكثير غير مراد، ولو قال: «قبيل» بالتصغير لأشعر بذلك، وبيع الاختبار وشراؤه وغيره صحيح للأمر به.

(٤) بخلاف من رشد، ثم عاوده السفه، فلاينظر في ماله إلا الحاكم كما يأتي.

(٥) في الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ٣٦٨: «يستحق الأب الولاية على الصغير والمجنون بلا نزاع، لكن بشرط أن يكون رشيدًا، ويكفي كونه مستور الحال على الصحيح من المذهب، وقيل: يشترط عدالته ظاهرًا وباطنًا».

(٥) فلا يحتاج إلى تعديل حاكم.

---

[١] في/ ط بلفظ: (الاخبار)، وفي/ م، ف بلفظ: (الاختيار).

[٢] في / ط بلفظ: (حاله).

الحَاكمُ

الحاكم)(١)؛ لأن الولاية انقطعت من جهة الأب فتعينت للحاكم، ومن فك عنه الحجر فسفُه، أعيد عليه(٢)، ولا ينظر في ماله إلا الحاكم(٣)، كمن جن

(١) في الإنصاف أيضًا: «ظاهر قوله: ثم لوصيه، ثم للحاكم: أن الجد والأم وسائر العصبات ليس لهم ولاية، وهو المذهب..

وعنه -أي الإمام أحمد- أن للجد ولاية، قال في الفائق وهو المختار، فعليها يقدم على الحاكم بلا نزاع، ويقدم على الوصي على الصحيح.

وذكر القاضي: أن للأم ولاية.

وقيل: لسائر العصبة ولاية بشرط العدالة، اختاره الشيخ تقي الدين.

قلت: الذي يظهر حيث قلنا: للأم والعصبة ولاية أنهم كالجد في التقديم على الحاكم وعلى الوصي على الصحيح».

لكن قال شيخ الإسلام كما في : «لا يجوز أن يولى على مال اليتيم إلا من كان قويًا خبيرًا بما ولي عليه، أمينًا، والواجب إذا لم يكن بهذه الصفة أن يستبدل به، ولا يستحق الأجرة المسماة، لكن إذا عمل لليتامى استحق أجرة المثل كالعمل في سائر العقود الفاسدة».

وفي الإنصاف مع الشرح ١٣/ ٣٦٩: «يشترط في الحاكم ما يشترط في الأب، فإن لم يكن كذلك، أو لم يوجد حاكم فأمين يقوم به، اختاره الشيخ تقي، وقال: الحاكم العاجز كالعدم».

قال أحمد: حكامنا اليوم لايجوز أن يقدم إلى أحد منهم، ولا يدفع إليه شيء، فكلامهم محمول على حاكمٍ أهلٍ، قال في الغاية ٢/ ١٣٧: «وهذا ينفعك في كل موضع فاعتمده».

(٢) في الإنصاف مع الشرح ١٣/ ٣٩١: «بلا نزاع».

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم.

وعند المالكية: إذا كان قريب البلوغ فأبوه، فإن زاد على عام بعد البلوغ فالحاكم.

وَلا يَتَصَرَّفُ لأَحَدِهِمْ وَلِيُّهُ إلاَّ بالأحَظِ ﴿وَلا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾

بعد بلوغ ورشد[1].

(**ولا يتصرف لأحدهم وليه إلا بالأحظ**)[2] لقوله تعالى: **﴿وَلا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾**[3] والسفيه والمجنون في معناه[4].

= وعن الشافعي: يستحب للحاكم أن يرد أمره بعد الحجر عليه إلى أبيه أو جده، فإن لم يكن فلعصباته لشفقتهم.

وقال بعض الحنابلة: ينظر فيه الحاكم، أو أبوه.

(حاشية ابن عابدين ٥/ ١٢٧، ومنح الجليل ٣/ ١٧٢، والأم ٣/ ١٩٥، ونهاية المحتاج ٤/ ٣٦٥، والإنصاف مع الشرح ١٣/ ٣٩٠).

(١) وهذا هو المذهب: أن وليه الحاكم.

والقول الثاني: أنه أبوه، ذكره في الرعاية الكبرى.

ونقل المروذي ـ عن الإمام أحمد ـ أرى أن يحجر الابن على الأب إذا أسرف، أو كان يضيع ماله في الفساد». (الإنصاف مع الشرح ١٣/ ٣٩١).

(٢) وهذه قاعدة في التصرف في مال المحجور عليه مأخوذة من الآية الكريمة، ومفهومه: أن ما لا حظ له فيه ليس له التصرف به كالتبرعات من هبة، أو عتق، أو محاباة ونحو ذلك، فإن فعل شيئًا من ذلك ضمن. (المصدر السابق).

وينفق عليه من ماله بالمعروف بغير إذن حاكم، وله خلط نفقة موليه بماله إذا كان أرفق؛ لقوله تعالى: **﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ﴾**.

(٣) سورة الأنعام، آية: (١٥٢)، وسورة الإسراء، آية: (٣٤).

(٤) أي في معنى اليتيم، إذ النص ورد فيه، فألحق به غيره بالقياس.

وَيَتَّجِرُ لَهُ مَجَّانًا

(**ويتجر**) ولي المحجور عليه[١] (**له مجانًا**) أي إذا اتجر ولي اليتيم في ماله كان الربح كله لليتيم؛ **لأنه نماء ماله فلا يستحقه غيره إلا بعقد، ولا يعقد** الولي لنفسه[٢].

---

(١) استحبابًا؛ لما ورد أن عمر رضي الله عنه قال: «ابتغوا بأموال اليتامى لا تستغرقها الصدقة». رواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق وأبو عبيد والدارقطني والبيهقي ٤/ ١٠٧ وقال: «هذا إسناد صحيح وله شواهد عن عمر رضي الله عنه» ولما استدل به المؤلف.

وقد روي مرفوعًا من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وأنس رضي الله عنهم، ولا يثبت.

(٢) وهذا هو المذهب، وهو مذهب المالكية؛ لما علل به المؤلف.

وظاهر قول الحنفية، وبه قال بعض الحنابلة: أن الولي إذا ضارب بمال الصغير أو المجنون استحق جزءًا من الربح حسب ما عقد مع نفسه؛ لأن الولي يملك دفع مال الصغير أو المجنون إلى غيره مضاربة بجزء من ربحه فكذلك يملك أخذه بذلك.

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن العقد مع النفس محل للتهمة بالمحاباة فلا يصح بخلاف العقد مع غيرها.

(الفتاوى البزازية ٦/ ٤٤٥، والكافي لابن عبد البر ٢/ ١٠٣٣، والشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢١، والفروع ٤/ ٣٢١، والمبدع ٤/ ٣٣٨).

قال شيخ الإسلام: «ولو مات من يتجر لنفسه وليتيمه بماله، وقد اشترى شيئًا ولم يعرف لمن هو لم يقسم ولم يوقف الأمر حتى يصطلحا كما يقوله الشافعي، بل مذهب أحمد أنه يقرع، فمن قرع حلف وأخذ».

وَلَهُ دَفْعُ مَالِه مُضَارَبَةً بِجُزْءٍ مِن الرِّبْحِ

(وله دفع ماله) لمن[1] يتجر فيه **(مضاربة بجزء)** معلوم **(من الربح)** للعامل(١)؛ لأن عائشة أبضعت مال محمد ابن أبي بكر رضي الله عنهم(٢)، ولأن الولي نائب عنه فيما فيه مصلحته، وله البيع نساء(٣) والقرض

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، بشرط كون العامل أمينًا؛ لقوله تعالى: ﴿**وَلا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ**﴾ ودفع مال اليتيم مضاربة قربان له بالتي هي أحسن.
ولقوله تعالى: ﴿**وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ**﴾ ودفعه مضاربة إصلاح لليتيم.
ولما تقدم من قول عمر رضي الله عنه: «ابتغوا في أموال اليتامى لا تستغرقها الصدقة»، ولأن دفع مال الصغير والمجنون مضاربة أحفظ له لتكون نفقته من فاضل ربحه كما يفعله البالغون العقلاء.
وعن الإمام أحمد: أن الولي لا يملك دفع مال الصغير أو المجنون إلى غيره مضاربة؛ لأنه إنما جعل في يده ليحفظه فلا يملك دفعه إلى غيره مضاربة. (المصادر السابقة).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٤/ ٦٦ ـ ح ٦٩٨٣، الشافعي في مسنده ص ٢٠٤، أبو عبيد في الأموال ص ٤٥٦، ابن أبي شيبة في المصنف ٣/ ١٤٩ ـ الزكاة ـ باب ما قالوا في مال اليتيم زكاة، ابن زنجويه في الأموال ٣/ ٩٩٢ ـ وأسانيدهم صحيحة.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أن الولي يملك بيع مال الصبي والمجنون نسيئة إذا كان فيه غبطة ومصلحة؛ لقوله تعالى: ﴿**وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ**﴾ وبيعه نسيئة إذا كان فيه مصلحة إصلاح.
ولأن البيع نسيئة قد يكون أكثر ثمنًا وأنفع؛ لأن الأجل يأخذ قسطًا من الثمن فيملكه الولي. =

---

[١] في/ س بلفظ: (لم).

. . . .

برهن[1] وإيداعه[2]، . . . .

= وعند الحنفية: أن الولي يملك البيع إذا لم يخف جحودًا أو إنكارًا، ولم يكن الأجل بعيدًا بحيث لا يباع هذا المال إلا به؛ لأن الولي يملك الاتجار بمال الصغير والمجنون والبيع نسيئة من عادة التجار وعملهم فيملكه إذا لم يخف جحودًا أو كان الأجل بعيدًا. (المصادر السابقة).

(١) فالمذهب ومذهب المالكية وقول عند الشافعية: أن الولي يملك إقراض مال الصغير أو المجنون للمصلحة أو الحاجة كخوف نهب أو حريق أو غرق.

واشترط الشافعية والحنابلة: أن يكون المقترض ثقة مليئًا، وعند الحنابلة: أن يكون برهن خلافًا للشافعية؛ لأن إقراض ماله عند المصلحة والحاجة فيه حظ له.

وعند الحنفية، وقول للشافعية: أن القاضي يملكه مطلقًا؛ لأن القاضي ينشغل عن مال الصغير و المجنون فملك إقراضه.

وأما غير القاضي فلا يملكه إلا عند الحاجة كخوف نهب، للحظ في ذلك. (المصادر السابقة).

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول الشافعية: أن الوصي يملك إيداع مال الصغير والمجنون بشرطين: أن تكون هناك حاجة إلى الإيداع كالخوف على المال من نهب أو حريق، وأن يكون الإيداع عند ثقة.

وإلا فلا يملك الإيداع؛ لأن في إيداعه إخراجًا من يده فلا يملكه الحاجة ولثقة.

وعند الحنفية: يملك الإيداع مطلقًا؛ لأنه قد يعجز عن الحفظ بنفسه لكثرة أشغاله فيودعه عند غيره.

(المبسوط ٢٨/٢٨، وبدائع الصنائع ٥/ ١٥٤، والقوانين الفقهية ص(٣٢٧)، والمهذب ١/ ٣٣٦، ومغني المحتاج ٢/ ١٧٥، والشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٢، والفروع ٤/ ٣٢٠، والمبدع ٤/ ٣٣٩).

. . . .

. . . .

وشراء العقار[١] وبناؤه لمصلحة، وشراء الأضحية لموسر[٢]، وتركه في المكتب بأجرة[٣]، ولا يبيع عقاره إلا لضرورة أو غبطة[٤].

(١) باتفاق الأئمة لما في ذلك من المصلحة؛ لكن اشترط الشافعية أن يكون من مأمون، ولم يكن في موضع قد أشرف على الخراب. (المصادر السابقة).

(٢) وهذا هو المذهب، وبه قال أبو حنيفة، وهو مذهب المالكية؛ لأن التضحية له جبر لقلبه كالثياب الحسنة إذ هو يوم عيد وفرح، واستحباب التوسعة فيه.

وعند الشافعية: أنه لا يملك التضحية عنه؛ لأن الأضحية تبرع، والولي ممنوع من التبرع كالهدية.

ونوقش: بأن الأضحية وإن كان فيها شيء من التبرع، لكن لمصلحة المحجور عليه.

(مجمع الضمانات ص (٣٩٧)، والكافي لابن عبد البر ٢/ ٨٣٤، والمجموع ٨/ ٤٢٥، والشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٣، والمحرر ١/ ٣٤٧).

(٣) وهذا باتفاق الأئمة: أن الولي يملك الاستئجار لتعليم الصغير؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾ وهذا من الإصلاح، ولأن تعليم الصغير من مصالحه فجرى مجرى نفقته لمأكوله وملبوسه. (المصادر السابقة).

(٤) فالمذهب وهو قول جمهور أهل العلم: أن الولي يملك بيع العقار إذا كان هناك مصلحة.

وبه قال شيخ الإسلام، جاء في مجموع الفتاوى ٣١/ ٣٣١: «بيع العقار ليس للوصي أن يفعله إلا لحاجة أو مصلحة بينة»؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾، وهذا من الإصلاح.

ولشراء النبي ﷺ مسجد المدينة من اليتيمين، فيدل على جواز بيع عقار اليتيم وإن لم يكن محتاجًا للنفقة إذا كان هناك مصلحة، وهنا مصلحة عامة =

. . . .

وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالمَعْرُوفِ الأَقَلِ مِنْ كِفَايَتِهِ أَوْ أُجْرَتِهِ

(ويأكل الولي الفقير من مال موليه)؛ لقوله تعالى: ﴿**وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ**﴾ **(الأقل من كفايته أو أجرته)**[1] أي أجرة عمله لأنه

= للمسلمين، وهي بناء المسجد.

وعند متأخري الحنفية وأكثر الشافعية وبعض الحنابلة: أن الولي لا يملك البيع إلا في حالتين:

الأولى: أن يكون محتاجًا إلى البيع لنفقة أو قضاء دين ونحو ذلك.

الثانية: أن يكون بيعه غبطة، وهي أن يبذل في بيعه زيادة كثيرة على ثمنه؛ لأن العقار أنفع وأسلم مما عداه فلا يملك الولي بيعه إلا في الحالتين السابقتين، ولأن في بيعه من غير حاجة وغبطة تفويتًا للحظ الحاصل به. (المصادر السابقة).

(١) إذا كان الولي فقيرًا فله الأكل من مال الصغير والمجنون، وإن كان غنيًا فليس له الأكل خلافًا لابن عقيل رحمه الله تعالى.

والدليل على ذلك: قوله تعالى: ﴿**وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ**﴾، وورد عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «إني أنزلت مال الله تعالى مني بمنزلة مال اليتيم إن استغنيت استعففت، وإن افتقرت أكلت بالمعروف، فإذا أيسرت قضيت». رواه ابن حزم في المحلى ٨/ ٣٢٤.

واختلف العلماء في مقدار ما يأكله الفقير:

فالمذهب وهو قول أكثر الشافعية واختيار شيخ الإسلام: أن الولي يأكل الأقل من أجرة مثله، أو قدر كفايته؛ لما علل به المؤلف.

وعند بعض الحنابلة: أن الولي يأكل بقدر عمله؛ لأن الأكل لأجل العمل فيقدر بقدره.

ونوقش: بعدم التسليم بل الأكل لأجل الحاجة والعمل.

وعند بعض الشافعية: يأكل بقدر كفايته؛ لقوله تعالى: ﴿**وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ**﴾، والمعروف قدر كفايته. =

. . . .

مَجَّانًا

يستحق بالعمل والحاجة جميعًا، [فلم][١] يجز أن يأخذ إلا ما وجدا فيه (**مجانًا**)(١) فلا يلزمه عوضه إذا أيسر لأنه عوض عن عمله فهو فيه كالأجير

= ونوقش: بأن استحقاق الأكل لأجل العمل والحاجة جميعًا فيأكل الأقل، وعلى هذا فالأقرب القول الأول.

(روضة الطالبين ٤/ ١٩٠، والشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٣١، والاختيارات الفقهية ص ١٣٨، وقواعد ابن رجب ص (١٣٠)، والإنصاف ٥/ ٣٣٨).

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور العلماء؛ لقوله تعالى: ﴿**وَمَن كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ**﴾، وما ترتب على المأذون غير مضمون.

ولما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: «إني فقير ليس شيء ولي يتيم»، قال: «**كل من مال يتيمك غير مسرف ولا مبادرٍ ولا متأثل**». رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه، وسكت عنه أبو داود.

ولقول عائشة رضي الله عنها: «والي اليتيم إذا كان محتاجًا يأكل بالمعروف؛ لقيامه بماله». رواه ابن جرير.

ولأن الإجماع قائم على أن الإمام الناظر على المسلمين لا يجب عليه عوض ما أكل بالمعروف فالولي كذلك، ولأن أكله عوض في مقابل عمله.

وعند أبي يوسف من الحنفية وهو رواية عن الإمام أحمد: أن أكله على سبيل القرض لا الإباحة فيلزمه عوضه إذا أيسر؛ لقوله تعالى: ﴿**فَإِذَا دَفَعْتُم إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدوا عَلَيْهِمْ**﴾، والمال في يد الولي أمانة فلا حاجة للإشهاد، وإنما الإشهاد عند الأخذ قرضًا ليأكل منه.

ونوقش: بأن الإشهاد احتياطًا، وبعدًا عن التهمة مع كونه أمانة، ما ورد قريبًا من قول عمر: «إني أنزلت مال الله تعالى...». =

---

[١] ساقط من/ ف.

ويُقْبَلُ قَوْلُ الوَلِيِّ والحَاكِمِ بَعْدَ فَكِّ الحَجْرِ فِي النَّفَقَةِ

والمضارب[١].

(**ويقبل قول الولي**) بيمينه(١) (**والحاكم**) بغير يمين (**بعد فك الحجر في النفقة**)(٢) وقدرها ما لم يخالف عادة وعرفًا(٣)، ولو قال: أنفقت عليك

= ونوقش: بأن هذا ورع من عمر رضي الله عنه.

وعللوا: بأن أكل الولي للحاجة فيضمنه كالمضطر.

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ إذ المضطر لم يأكله عوضًا عن شيء بخلاف الولي، وعلى هذا فالأقرب قول جمهور العلماء.

(بدائع الصنائع ٥/ ١٤٥، وأحكام القرآن لابن العربي ١/ ٣٢٦، وأحكام القرآن للقرطبي ٥/ ٤٢، والمذهب ١٠/ ٣٣٧، والشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٣١).

(١) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤٠٦: «إذا ادعى الولي الإنفاق على الصبي والمجنون أو على ماله أو عقاره بالمعروف من ماله، أو ادعى أنه باع عقاره لحظه، أو بناه لمصلحته، أو أنه تلف قبول قوله.

وقال أصحاب الشافعي: لا يمضي الحاكم بيع الأمين والوصي حتى يثبت عنده الحظ ببينة، ولا يقبل قولهما في ذلك، ويقبل قول الأب والجد.

ولنا: أن من جاز له بيع العقار، وشراؤه لليتيم يجب أن يقبل قوله في الحظ كالأب والجد؛ ولأنه يقبل قوله في عدم التفريط فيما تصرف فيه من غير العقار فيقبل قوله في العقار كالأب».

(٢) لعدم التهمة. (كشاف القناع ٣/).

وفي حاشية العنقري ٢/ ٢٣٦: «وبحث مرعي بأن الأب كالحاكم، وهو ظاهر، إلا أن ظاهر كلامهم يخالفه».

(٣) في حاشية العنقري ٢/ ٢٣٦: «وقال في مختصر التحرير وشرحه: ومن أدلة الفقه تحكيم العادة، وهو معنى قول الفقهاء: إن العادة محكمة أي =

---

[١] لفظ: (المضارب) مكرر في / ف.

وَفِي وُجُودِ الضَّرُورَةِ وَالغِبْطَةِ وَالتَّلَفِ وَ

منذ سنتين، فقال: منذ سنة، قدم قول الصبي(١)؛ لأن الأصل موافقته، قاله في «المبدع»(٢).

(و) يقبل قول الولي أيضًا (في وجود الضرورة والغبطة)(٣) إذا باع عقاره وادعاهما، ثم أنكره(٤)، (و) يقبل قول الولي أيضًا في (التلف)(٥) وعدم التفريط لأنه أمين، [والأصل براءته[١]](٦)، (و) يقبل قوله أيضًا في

= معمول بها شرعًا؛ لحديث يروى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفًا عليه وهو: «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن». رواه أحمد.

ولقول ابن عطية في قوله سبحانه وتعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ أن معنى العرف: كل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة، قال ابن ظفر في الينبوع: ما عرفه العقلاء بأنه حسن، وأقرهم الشارع عليه، ثم ساق جملاً من الأحاديث استدلالاً على ذلك وأمثلته، ثم قال: وأمثال هذه كثيرة لا تنحصر».

(١) وفي الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤٠٦: «لأن الأصل حياة والده، واختلافهما في أمر ليس الوصي أمينًا فيه فقدم قول من يوافق قوله الأصل.

(٢)

(٣) في كشاف القناع ٣/ ٤٥٦: «ومصلحة اقتضت بيع عقار المحجور، فعلم منه: أنه لا يعتبر ثبوت ذلك عند الحاكم لكنه أحوط دفعًا للتهمة».

(٤) أي ادعى الولي الضرورة والغبطة المقتضية لبيع العقار، ثم أنكره الصبي.

(٥) أي تلف مال المحجور عليه أو بعضه، لكن بيمينه.

(٦) في الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ٤٠٦: «ومتى زال الحجر فادعى على الولي تعديًا أو ما يوجب ضمانًا فالقول قول الولي بلا نزاع. جزم به =

---

[١] في/ ف بلفظ: (والإبراء به).

دَفْع المَالِ

(دفع المـال)(١) إليه بعد رشده لأنه أمين[١]، وإن كان بجعل لم يقبل قوله في دفع المال(٢)؛ لأنه قبضه لنفعه[٢] كالمرتهن.

ولولي مميز وسيده أن يأذن له في التجارة(٣) فينفك عنه الحجر في قدر ما

= الأصحاب، منهم صاحب الفروع، وقال: ما لم تخالفه عادة وعرف، ويحلف غير الحاكم على الصحيح من المذهب».

(١) وهذا هو المذهب؛ لأنه أمين.

وقال ابن قدامة: «ويحتمل أن القول قول الصبي؛ لأن الأصل معه، ولأن الله سبحانه قال: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدوا عَلَيْهِمْ﴾، فمن ترك الإشهاد فقد فرط فلزمه الضمان.

والأول: المذهب، وكذا الحكم في المجنون والسفيه» اهـ.

وفي قواعد ابن رجب: ويحتمل أن لا يقبل قوله ـ أي الولي ـ إلا ببينة، وقواه في الإنصاف.

(الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤٠٧، وقواعد ابن رجب، القاعدة (٤٤)).

(٢) في كشاف القناع ٣/ ٤٥٦: «وإلا يكن الولي متبرعًا بل بأجرة فلا يقبل قوله في دفع المال إليه بل قول اليتيم؛ لأن الولي قبض المال لحظه، فلم تقبل دعواه الرد كالمرتهن والمستعير».

وهذا هو الصحيح من المذهب.

والقول الثاني في المذهب: يقبل قوله مطلقًا، وهو ظاهر كلام المصنف ـ أي ابن قدامة ـ وجماعة، (الإنصاف مع الشرح ١٣/ ٤٠٧).

(٣) أي لولي حر مميز، وسيد قن مميز أن يأذن لموليه وقنه المميز في التجارة؛ لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ﴾، ولأنه عاقل محجور عليه فصح تصرفه بإذن وليه =

[١] ساقط من/ س.

[٢] في/ ف بلفظ: (النفقة).

وَمَا اسْتَدَانَ العَبْدُ لَزِمَ سَيِّدَهُ إِنْ أَذِنَ لَهُ، وَإِلاَّ

أذن له فيه[(١)] (وما استدان العبد لزم سيده) أداؤه (إن أذن له) في استدانته ببيع أو قرض؛ لأنه غر الناس بمعاملته[(٢)]، (وإلا) يكن استدان بإذن

= وسيده كالعبد الكبير والسفيه، وأما المجنون والطفل فلا يصح تصرفهما مطلقًا.

(١) وفي حاشية العنقري ٢/ ٢٣٧: «قال في المنتهى: ويتقيد فكٌّ بقدر ونوع، قال في شرحه: بأن قال له وليه أو سيده: اتجر في مائة دينار فما دون فلا يتجاوزها، أو قال له: اتجر في البر فقط فلا يتعداه؛ لأنه يتصرف بالإذن من جهة آدمي فوجب أن يتقيد بما أذن له فيه.

فائدتان: الأولى: قال في المنتهى: ومن رآه سيده أو وليه يتجر فلم ينهه لم مأذونًا. اهـ.

قال في حاشيته: وقال أبو حنيفة في العبد: يصير مأذونًا له، وقال الشيخ تقي الدين: الذي ينبغي أن يقال فيما إذا رأى عبده يبيع فلم ينهه، وفي جميع المواضع: أنه لا يكون إذنًا، ولا يصح التصرف، لكن يكون تغريراً فيكون ضامنًا، بحيث إنه ليس له أن يطالب المشتري بالضمان، فإن ترك الواجب عندنا كفعل المحرم، كما تقول فيمن قدر على إنجاء إنسان من هلكة بل الضمان هنا أقوى.

الثانية: هل للصبي المأذون له أن يوكل؟ قال في الكافي: هو كالوكيل، قلت: لو قيل بعدم جوازه مطلقًا لكان متجهًا» اهـ.

(٢) العبد قسمان:

الأول: أن يكون مأذونًا له في التصرف أو في الاستدانة، فما يلزمه من الدين هل يتعلق برقبته أو ذمة سيده؟ على روايتين:

الأولى: يتعلق برقبته، وهو ظاهر قول أبي حنيفة؛ لأنه قال: يباع إذا طالب الغرماء ببيعه، وهذا معناه أنه يتعلق برقبته؛ لأنه دين ثبت برضا من له

فَفِي رَقَبَتِهِ

سيده[١]، (فـ) ما استدانه (في رقبته)[٢] يخير سيده بين بيعه وفدائه بالأقل من قيمته أو دينه ولو أعتقه[٣]، وإن كانت العين باقية ردت

= الدين فيباع فيه كما لو رهنه.

والثانية: يتعلق بذمة السيد، وهو الذي ذكره الخرقي - وفي الإنصاف: وهو الصحيح من المذهب - فعلى هذه الرواية يلزمه جميع ما ادان، وقال مالك والشافعي: إن كان في يده مال قضيت ديونه منه، وإن لم يكن في يده شيء تعلق بذمته يتبع به إذا أعتق وأيسر؛ لأنه دين ثبت برضا من له الدين أشبه غير المأذون.

ووجه قول الخرقي: أنه إذا أذن له في التجارة فقد أغرى الناس بمعاملته.

(١) وهذا هو القسم الثاني: وهو العبد المحجور عليه فما لزمه من الدين بغير رضا سيده مثل أن يقترض ويشتري شيئًا في ذمته ففيه روايتان:

إحداهما: يتعلق برقبته. اختارها الخرقي وأبو بكر؛ لأنه دين لزمه بغير إذن سيده فتعلق برقبته كالإتلاف، وفي الإنصاف: وهذا هو المذهب.

والثانية: يتعلق بذمته يتبعه الغريم به إذا أعتق وأيسر، وهو مذهب الشافعي؛ لأنه منصرف في ذمته بغير إذن سيده فتعلق بذمته كعوض الخلع من الأمة، وكالحر. (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤١٧).

(٢) في حاشية العنقري ٢/ ٢٣٨: «قوله في رقبته: أي إذا لم يأذن له السيد، ظاهره: علم معامله أو لا هذا من المفردات.

وعنه: يتعلق بذمته يتبع به بعد عتقه.

وعنه: إن علم معامله فلا شيء له، وصوبها الشيخ تقي الدين» اهـ.

(٣) في حاشية العنقري ٢/ ٢٣٨: «قوله: ولو أعتقه؛ ظاهره: أنه مخير فيما ذكره وهو غير مراد؛ لأنه إذا أعتقه لا يمكن تسليمه بل يلزمه الذي عليه قبل العتق، وهو أقل الأمرين من قيمته أو البدل ففي العبارة إيهام. =

....

كَاسْتِيداعِهِ وَأَرْشِ جِنَايَتِهِ وَقِيمَةِ مُتْلفِهِ

لربها(١)، (**كاستيداعه**) أي أخذه وديعة فيتلفها(٢)، (**وأرش جنايته وقيمة متلفه**) فيتعلق ذلك كله برقبته(٣)، ويخير سيده كما تقدم(٤).

ولا يتبرع المأذون [له][١] بدراهم ولا كسوة بل بإهداء مأكول وإعارة دابة

= **فائدة:**

قال الشيخ عثمان في حاشية المنتهى: دين العبد على ثلاثة أقسام: قسم يتعلق بذمة السيد، وهي الديون التي أذن له فيها، وقسم يتعلق برقبته وهي ديون غير مأذون فيها ثبتت ببينة أو إقرار.

وقسم يتعلق بذمة العبد، وهو ما لم يثبت بغير إقرار العبد فقط» اهـ. (حاشية العنقري ٢/ ٢٣٨).

(١) حيث أمكن أخذه لها؛ لبقاء ملكه عليها؛ لفساد العقد.

(٢) فيتعلق برقبته.

(٣) سواء كان مأذونًا له في التجارة أو لا، إذ الإذن في التجارة لا يتضمن الإذن في الجنايات والإتلافات. (كشاف القناع ٣/ ٤٥٩).

(٤) أي بين بيعه وفدائه بالأقل من قيمته أو دينه، أو تسليمه إن لم يعتقه (حاشية العنقري ٢/ ٢٣٨).

فإذا بيع وكان ثمنه أقل مما عليه فليس لرب الدين ونحوه إلا ذلك؛ لأن العبد هو الجاني، فلم يجب على غيره شيء، وإن كان ثمنه أكثر فالفضل للسيد، وإن اختار فداء لزمه أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته؛ لأن أرش الجناية إن كان أكثر فلا يتعلق بغير العبد الجاني لعدم الجناية من غيره، وإنما تجب قيمته، وإن كان أقل لم يجب بالجناية إلا هو.

(انظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤١٩).

[١] ساقط من/ س، م، ف، هـ.

. . . .

وعمل دعوة بلا إسراف[١]، ولغير المأذون له الصدقة من قوته بنحو رغيف إذا لم يضره[٢]، وللمرأة الصدقة من بيت زوجها بذلك[٣] ما لم تضطرب

---

(١) في كشاف القناع ٣/ ٤٦٠: «ولا يصح تبرع مأذون له بدراهم ولا بكسوة ثياب ونحوها كفرس وحمار؛ لأن ذلك ليس من التجارة ولا يحتاج إليه كغير المأذون له، وظاهره: ولو قل. قاله في المبدع، ويجوز له أي للمأذون له هدية مأكول، وإعارة دابة وعمل دعوة ونحوه كإعارة ثوبه بلا إسراف؛ لأنه ﷺ «كان يجيب دعوة المملوك»، ولأنه مما جرت به عادة التجار فيما بينهم فيدخل في عموم الإذن.

وقال في النهاية: الأظهر: أنه لايجوز؛ لأنه تبرع بمال مولاه فلم يجز كنكاحه وكماكتب في الأصح».

(٢) لأنه مما جرت العادة بالمسامحة فيه. (المصدر السابق).

(٣) أي برغيف ونحوه؛ لحديث عائشة رضي الله عنها مرفوعًا: «**إذا أنفقت المرأة من طعام زوجها غير مفسدة كان لها أجرها بما أنفقت، ولزوجها أجر ما كسب وللخازن مثل ذلك لا ينقص بعضهم من أجر بعض شيئًا**». متفق عليه.

ولحديث أسماء رضي الله عنها: «أنها جاءت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ليس لي شيء إلا ما أدخل علي الزبير، فهل علي جناح أن أرضخ مما يدخل علي؟ قال: «**ارضخي ما استطعت ولا توعي فيوعي الله عليك**» متفق عليه، ولأن العادة السماح بذلك وطيب النفس به وهذا هو المذهب.

والرواية الثانية: لا يجوز؛ لحديث جابر مرفوعًا: «**إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام**». متفق عليه، ولقوله ﷺ: «**لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه**». رواه أحمد والدارقطني. =

. . . .

. . . .

العادة(١) أو يكن[١] بخيلاً وتشك[٢] في رضاه(٢).

* * *

= قال ابن قدامة: «والصحيح الأول؛ لأن الأحاديث فيه خاصة صحيحة، والخاص يقدم على العام ويبينه». (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤٣٢).

(١) في حاشية العنقري ٢/ ٣٣٩: «قوله: ما تضطرب العادة أي تختلف».

وفيه أيضًا: قوله: ما لم تضطرب العادة نحو أن يكون بعض يمنع وبعض لا يمنع».

(٢) وفي كشاف القناع ٣/ ٤٦٠: «فإن كان في بيت الرجل من يقوم مقام امرأته كجاريته وأخته وغلامه المتصرف في بيت سيده وطعامه فهو كزوجته يجوز له الصدقة بنحو رغيف من ماله ما لم يمنع أو يكن بخيلاً أو يضطرب عرف ويشك في رضاه».

* * *

---

[١] في/ س بلفظ: (أو لم يكن).

[٢] في/ هـ، س بلفظ: (وتشك).

باب الوكالة

الوَكَالةُ

باب الوكالة

(**الوكالة**) بفتح الواو وكسرها: التفويض(١)، تقول: وكلت أمري إلى الله، [أي:][١] فوضته إليه.

واصطلاحًا: استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله(٢). . . . . . .

---

(١) الوكالة: اسم مصدر من التوكيل وقد وردت بفتح الواو وكسرها، ولها عدة معان في اللغة فمنها: الحفظ، والتفويض، والاعتماد، والقيام بأمر الغير. (لسان العرب ٣/ ٩٧٧، ٦/ ١٣٦).

(٢) ومن تعاريف الحنفية كما في حاشية ابن عابدين ٥/ ٥١٠: «إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم».

ومن تعاريف المالكية كما في مواهب الجليل ٥/ ١٨١: «نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروط بموته».

ومن تعاريف الشافعية كما في حاشية البجيرمي ٣/ ٤٧: «تفويض شخص أمره إلى آخر فيما يقبل النيابة ليفعله في حياته».

والوكالة جائزة بالكتاب كما في قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَا أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا﴾، وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا...﴾، وقال تعالى: ﴿اذْهَبُوا بِقَمِيصِي هَٰذَا فَأَلْقُوهُ عَلَىٰ وَجْهِ أَبِي﴾.

ومن السنة: حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «أن رجلاً أتى النبي ﷺ =

---

[١] ساقط من / س.

تَصِحُّ بِكُلِّ قَوْلٍ يَدُلُّ عَلَىٰ الإِذْنِ

النيابة[١].

(تصح) الوكالة (بكل قول يدل على الإذن) كـ: افعل كذا أو أذنت لك في فعله ونحوه[٢].

= يتقاضاه فأغلظ، فهم به أصحابه فقال رسول الله ﷺ: «**دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً، أعطوه سناً مثل سنه...**». رواه مسلم.

ووكل عروة بن الجعد في شراء الشاة، وكان يأمر بإقامة الحدود.

والإجماع منعقد على جواز الوكالة، وقد نقله غير واحد من العلماء.

(انظر: فتح القدير لابن الهمام ٨/ ٤، وبداية المجتهد ٢/ ٢٠١، وتكملة المجموع ١٣/ ٥٣٨، والمغني ٧/ ١٩٧).

والحاجة داعية إليها؛ إذ لا يمكن كل أحد فعل ما يحتاج إليه بنفسه.

(١) وفي كشاف القناع ٣/ ٤٦١: «وهذا التعريف باعتبار الغالب، أو المراد جائز التصرف في ذلك الفعل الذي وكل فيه وإن لم يكن مطلق التصرف فلا يرد صحة توكيل نحو عبد فيما لا يتعلق بالمال مقصوده».

وأركانها: الموكل والوكيل والموكل فيه، والصيغة.

(٢) في كشاف القناع ٣/ ٤٦١: «وتصح الوكالة أي إيجابها بكل قول يدل على الإذن في التصرف كوكلتك أو فوضت إليك في كذا، أو أذنت لك فيه أو بعه أو أعتقه أو كاتبه ونحو ذلك كأقمتك مقامي أو جعلتك نائبًا عني؛ لأنه لفظ دال على الإذن فصح كلفظها الصريح».

وفي الإنصاف مع الشرح ١٢/ ٤٣٧: «ظاهر كلام المصنف وغيره عدم صحة الوكالة بالفعل الدال عليها من الموكل».

وفي الفروع ٤/ ٣٤٠: «ودل كلام القاضي على انعقادها بفعل دال كبيع، وهو ظاهر كلام الشيخ - ابن قدامة - فيمن دفع ثوبه إلى قصار أو خياط وهو أظهر كالقبول». =

. . . .

وتصح مؤقتة(١) ومعلقة بشرط(٢) كوصية وإباحة أكل وولاية قضاء وإمارة.

= قال شيخ الإسلام كما في القواعد النورانية ص (٧٧): «وهذه القاعدة الجامعة من أن العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل هي التي تدل عليها أصول الشريعة، وهي التي تعرفها القلوب، وذلك أن الله سبحانه وتعالى قال: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾، وقال: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ﴾ . . . إلى غير ذلك من الآيات فإن الدلالة فيها من وجوه:

أحدها: أنه اكتفى بالتراضي في البيع . . . ولم يشترط لفظًا معينًا ولا فعلاً معينًا.

الثاني: أن هذه الأسماء جاءت في كتاب الله وسنة رسوله معلقًا بها أحكام شرعية، وكل اسم فلابد له من حد. . . وما لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع، فالمرجع فيه إلى عرف الناس. . . » اهـ. وانظر: إعلام الموقعين ٣/ ٣٨٧، ٣٨٨).

(١) كأنت وكيلي شهراً، ونحو ذلك.

قال في الإنصاف ٥/ ٣٥٣: «بلا نزاع أعلمه».

(٢) فلو قال الموكل: إذا دخل رمضان، أو قدم زيد فافعل كذا صح، وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية.

لما روى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «**إن قتل زيد فجعفر، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة...**». رواه البخاري، ولأن التوكيل إطلاق للتصرف، والإطلاقات مما تحتمل التعليق بالشرط.

وعند الشافعية: لا يجوز تعليق الوكالة بالشرط؛ لأن الاشتراط يحتوي على الجهالة، وذلك مناف للعقود فإن الموكل لا يدري هل يتحقق ما اشترطه أم لا؟

ونوقش: بأن الغالب وقوع الشرط فلا أثر للجهالة، وعلى هذا =

. . . .

وَيَصِحُّ القَبُولُ عَلَىٰ الفَوْرِ وَالتراخِي، بِكُلِّ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ دَالٍ عَلَيهِ

(ويصح القبول على الفور والتراخي) بأن يوكله في بيع شيء، فيبيعه بعد سنة أو يبلغه أنه وكله بعد شهر، فيقول: قبلت(١) **(بكل قول أو فعل دال عليه)**(٢) أي [دال][١] على القبول؛ لأن قبول وكلائه ﷺ كان بفعلهم

= فالأقرب: قول الحنفية والحنابلة، ولأن الأصل في المعاملات الحل.

(البحر الرائق ٧/ ١٣٩، ونهاية المحتاج ٥/ ٢٧، والمغني ٧/ ٢٠٤).

واختار ابن القيم: صحة تعليق الوكالة بالشرط كما يصح تعليق الولايات بالشرط كما صحت به السنة، بل تعليق الوكالة أولى بالجواز...

قال: «وقد شرع الله لعباده التعليق بالشروط في كل موضع يحتاج إليه العبد حتى بينه وبين ربه، وتعليق العقود، والفسوخ، والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، فلا يستغني عنه المكلف...».

(انظر: إعلام الموقعين ٣/ ٣٩٣، ٣٩٤، ٤٠٠، و٤/ ١٠٢، ١٠٣، وإغاثة اللهفان ٢/ ١٥).

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدل به المؤلف، ولأن التوكيل إذن في التصرف، وهذا الإذن قائم ما لم يرجع عنه أشبه الإباحة.

وعند المالكية: المرجع في ذلك العرف السائد.

وعند بعض الشافعية: على الفور قياسًا على البيع.

ونوقش: بأن البيع من عقود المعاوضات، أما الوكالة فالأصل فيها التبرع.

(البحر الرائق ٧/ ١٣٩، ومواهب الجليل ٥/ ١٩٠، وتكملة المجموع ١٣/ ٥٤٩، والمغني ٧/ ٢٠٤).

(٢) قال في الإنصاف مع الشرح ١٢/ ٢٣٨: «بلا نزاع أعلمه، وكذا كل فعل يدل عليه الصحيح من المذهب...، وقيل: لا ينعقد القبول بالفعل» اهـ. ويدخل بالفعل الكتابة والإشارة المفهومة.

---

[١] ساقط من جميع النسخ ما عدا / ش.

وَمَنْ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي شَيْءٍ فَلَهُ التَوكِيلُ وَالتوَكلُ فِيهِ

وكان متراخيًا[١] عن توكيله إياهم[٢] (١)، قاله في «المبدع»(٢)، ويعتبر تعيين الوكيل(٣) (ومن له التصرف في شيء) لنفسه (فله التوكيل) فيه، (والتوكل فيه)(٤) أي جاز أن يستنيب غيره [وأن ينوب عن غيره][٣]؛ لانتفاء المفسدة، والمراد فيما تدخله النيابة ويأتي.

ومن لا يصح تصرفه بنفسه فنائبه أولى، فلو وكله في بيع ما سيملكه أو

---

(١) كقبض الزكاة وإقامة الحدود.

(٢) ٤/ ٣٥٥.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول الجمهور؛ لأن الوكالة عقد تترتب عليه آثاره في الالتزامات والحقوق فاقتضى تعيين الوكيل.

وعند الشافعية: أن الوكيل المجهول إذا كان تابعًا لمعلوم صح توكيله نحو أن يقول: وكلتك في بيع فرسي وكل مسلم، فقوله: «وكل مسلم» مجهول إلا أن الوكيل المخاطب معلوم، فيصح تصرف كل مسلم.

(المبسوط ١٩/ ٧٣، وتكملة ابن عابدين ٧/ ٢٦٧، ومواهب الجليل ٥/ ١٨٢، وشرح منهج الطلاب ٣/ ٥٦، ونيل المآرب ١/ ١٥١).

وهل يشترط علم الوكيل بالوكالة لصحة تصرفه؟ جمهور أهل العلم: لا يشترط، فإن تصرف ثم علم أنه وكيل صح.

وعند الحنفية: يشترط علمه بالوكالة، فتصرفه قبل العلم تصرف فضولي لابد له من إجازة لاحقة. (المصادر السابقة).

(٤) لأن النائب فرع عن المستنيب.

---

[١] في/ ف بلفظ: (تراخيا).

[٢] في/ م، ف بلفظ: (إياه).

[٣] ساقط من/ س.

وَيَصِحُّ التَّوْكِيلُ فِي كُلِّ حَقِّ آدَمِي مِنَ العُقُودِ

طلاق من يتزوجها لم يصح[١]، ويصح توكيل امرأة طلاق نفسها وغيرها[٢]، وأن يتوكل واجد الطول في قبول نكاح أمة لمن تباح له[٣] وغني لفقير في قبول زكاة[٤]، وفي قبول نكاح أخته ونحوها لأجنبي[٥].

(**ويصح التوكيل في كل حق آدمي من العقود**)؛ لأنه ﷺ وكل عروة ابن الجعد في الشراء[٦]، وسائر العقود كالإجارة والقرض والمضاربة

---

(١) في كشاف القناع ٣/ ٤٦٣: «وإن قال: إن تزوجت فلانة فقد وكلتك في طلاقها لم يصح بخلاف إن اشتريت فلانًا فقد وكلتك في عتقه لصحة تعليق العتق على الملك بخلاف تعليق طلاق المرأة على نكاحها».

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية؛ لأن النبي ﷺ خير نساءه، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك ولا مانع منه.

وعند بعض الشافعية: لا يصح توكيل المرأة في طلاق غيرها، ويصح توكيلها في طلاق نفسها؛ لعدم ملكها للطلاق، وجواز وكالتها في طلاق نفسها للحاجة.

(تبيين الحقائق ٤/ ٢٥٧، وتكملة المجموع ١٣/ ٥٤٦، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤٤٢).

(٣) الوكالة في إيجاب النكاح وقبوله جائز باتفاق الفقهاء. (المصادر السابقة).

(٤) أو كفارة أو نذر.

(٥) في كشاف القناع ٣/ ٤٦٣: «وسوى قبول نكاح أخته ونحوها كعمته من أبيه أو جده ونحوه لأجنبي»، ويأتي بيانه في عقد النكاح.

(٦) «فقد أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة...».

الحديث أخرجه البخاري ٤/ ١٨٧ ـ المناقب ـ باب رقم (٢٨)، أبو داود =

وَالفُسوخِ وَالعِتْقِ وَالطَّلاقِ

والإبراء ونحوها في معناه[١]، (**والفسوخ**) كالخلع والإقالة (**والعتق والطلاق**)؛ لأنه يجوز التوكيل في الإنشاء، فجاز في الإزالة بطريق

= ٣/ ٦٧٧، ٦٧٩ - البيوع - باب في المضارب يخالف - ح ٣٣٨٤، ٣٣٨٥، الترمذي ٣/ ٥٥٠ - البيوع - ح ١٢٥٨، ابن ماجه ٢/ ٨٠٣ - الصدقات - باب الأمين يتجر فيه فيربح - ح ٢٤٠٢، أحمد ٤/ ٣٧٥، ٣٧٦، الحميدي ٢/ ٣٧٣ - ح ٨٤٣، الدارقطني ٣/ ١٠ - البيوع - ح ٣٠، الطبراني في الكبير ١٧/ ١٥٨، ١٦٠ - ح ٤١٢، ٤٢١.

(١) في الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٤٤٣: «وجملة ذلك أن التوكيل يجوز في البيع والشراء، ومطالبة الحقوق، والعتق، والطلاق حاضراً كان الموكل أو غائبًا، وقد ذكرنا الدليل على ذلك من الآية والخبر والحاجة تدعو إليه؛ لأنه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج إلى السوق. . . وكذلك يجوز التوكل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجعالة والمساقاة والإجارة والقرض والصلح والهبة والصدقة والوصية والفسخ والإبراء؛ لأنها في معنى البيع للحاجة في التوكيل فيها فيثبت فيها حكمه ولا نعلم فيه خلافًا».

وعند جمهور أهل العلم: تصح الوكالة في المطالبة بالحقوق رضي الخصم بالوكيل أم لم يرض؛ لأن المطالبة بالحقوق تجوز فيه، فلصاحبها الاستنابة بغير رضا خصمه.

وعند أبي حنيفة: لابد لصحة الوكالة في المطالبة بالحقوق من رضا الخصم بالتوكيل، إلا إذا كان الموكل مريضًا أو قاصدًا للسفر أو امرأة مخدرة ففي هذه الأحوال ينتفى اشتراط رضا الخصم؛ لأن التوكيل حوالة، والحوالة لا تكون إلا برضا المحال عليه.

ونوقش: بعدم تسليم كون الكفالة. =

والرُّجْعَةِ وَتَمَلُّكِ المُبَاحَاتِ مِنَ الصَّيدِ والحَشِيشِ وَنَحْوِهِ، لا الظِّهَارِ واللِعَانِ والأيمان

الأولى[١]، (**والرجعة**[٢] **وتملك المباحات من الصيد والحشيش ونحوه**) كإحياء الموات[٣]؛ لأنها تملك مال بسبب لا يتعين عليه فجاز كالابتياع[٤]، (**لا الظهار**)؛ لأنه قول منكر وزور[٥]، (**واللعان والأيمان**) والنذور والقسامة[٦] والقسم بين الزوجات[٧] والشهادة[٨]

= وعلى هذا فالأقرب: قول جمهور أهل العلم، ولم يرد عن الصحابة اشتراط رضا الخصم.

(تبيين الحقائق ٤/ ٢٥٥، ومواهب الجليل ٥/ ٢٠١، وتكملة المجموع ١٣/ ٥٤٢، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤٤٣).

(١) لأن الحاجة تدعو إليه أشبه البيع. (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤٤٤).

(٢) فإذا صح في ابتداء النكاح فاستدامته من باب أولى.

(٣) واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش.

وهذا هو الصحيح من المذهب، وهو مذهب المالكية، وقول عند الشافعية، لما علل به المؤلف.

وعند الحنفية: لا يصح، وقال المرداوي: «والنفس تميل إلى ذلك؛ لأن الموكل لا يملكه عند الوكالة وهو من المباحات فمن استولى عليه ملَكَه».

(تبيين الحقائق ٤/ ٢٥٧، ومواهب الجليل ٥/ ١٩٤، ومغني المحتاج ٢/ ٢٢١، والإنصاف مع الشرح ١٣/ ٤٤٥).

(٤) والاتهاب. (الإنصاف مع الشرح ١٣/ ٤٤٥).

(٥) فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه (المصدر السابق).

(٦) وكذا الإيلاء؛ لأنها تتعلق بعين الحالف والناذر أشبهت العبادات البدنية.

(٧) لأنه يتعلق ببدن الزوج لأمر يختص به ولا يوجد في غيره.

(٨) بأن يقول: اشهد عني؛ لتعلقها بعين الشاهد؛ لأنها خبر عما رآه أو سمعه، ولا يتحقق ذلك في نائبه، فإن فعل كان شاهدًا على شهادته.

وَفِي كلِّ حَقٍّ للهِ تَدْخُلُهُ النِّيابَةُ مِنَ العِبَادَاتِ

والرضاع(١) والالتقاط(٢)والاغتنام(٣) والغصب والجناية فلا تدخلها النيابة(٤).

(و) تصح الوكالة أيضًا (**في كل حق لله تدخله النيابة من العبادات**)(٥) كتفرقة صدقة وزكاة ونذر وكفارة؛ لأنه ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها(٦)، وكذا حج وعمرة على ما سبق[١].

---

(١) بأن تقول امرأة لامرأة: أرضعي عني؛ لأنه يختص بالمرضعة والمرتضع لأمر يختص بإنبات لحم المرتضع وإنشاز عظمه من لبنها.

(٢) فإذا التقط كان أحق به، وفي كشاف القناع ٣/ ٤٦٤: «ويصح التوكيل في تملك المباحات. . . بخلاف الالتقاط فإن المغلب الائتمان».

(٣) لعدم قبول النيابة فيه. (المصدر السابق).

(٤) لأن ذلك محرم وكذا كل محرم؛ لأنه لا يحل له فعله بنفسه فلم تجز النيابة فيه. (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤٤٥).

(٥) فالعبادات ثلاثة أقسام:

الأول: مالية كتفرقة صدقته وزكاته وكفارته فتصح الوكالة فيها؛ لدخول النيابة فيها.

الثاني: المركبة من المال والبدن كالحج والعمرة فتصح النيابة فيها كما تقدم في كتاب المناسك.

الثالث: العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام فلا تصح الوكالة فيها؛ لعدم صحة النيابة فيها.

(٦) فقد بعث ﷺ معاذًا إلى اليمن في كتاب الزكاة.

---

[١] في / س بلفظ: (إليه).

والحدُودِ فِي إثْبَاتِها وَاسْتِيفَائِهَا

وأما العبادات البدنية المحضة(١) كالصلاة والصوم والطهارة من الحدث(٢) فلا يجوز التوكيل فيها لأنها تتعلق ببدن من هي عليه، لكن ركعتا الطواف تتبع الحج(٣).

(و) تصح في **(الحدود في إثباتها واستيفائها)**(٤)؛ لقوله ﷺ: «**واغد**

---

(١) التي لا تتعلق بالمال.

(٢) وكالاعتكاف وتجديد الوضوء.

وفي كشاف القناع ٣/ ٤٦٥: «وعلم من قوله: «من حدث» أنه تصح الوكالة في تطهير البدن والثوب من النجاسة، ويصح أيضًا أن ينوي رفع الحدث ويستنيب من يصب له الماء، أو يغسل له أعضاءه».

(٣) في كشاف القناع ٣/ ٤٦٥: «والحاصل: أن الحقوق ثلاثة أنواع: نوع تصح فيه الوكالة مطلقًا، وهو ما تدخله النيابة من حقوق الله تعالى وحقوق الآدمي.

ونوع: لا تصح فيه الوكالة مطلقًا كالصلاة والظهار.

ونوع: تصح فيه مع العجز دون القدرة كحج فرض وعمرته».

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية؛ لما استدل به المؤلف، وأمر ﷺ برجم ماعز فرجموه، ووكل عثمان عليًا في جلد الوليد بن عقبة في الشرب، ولأن الحاجة تدعو إليه إذ الإمام لا يمكنه تولي ذلك بنفسه.

وعند الحنفية: يصح التوكيل في الحدود التي تحتاج إلى إقامة دعوى كحد القذف والسرقة، ويشترط حال الاستيفاء حضور الموكل دون الإثبات؛ لأن الحدود لا تثبت إلا بالبينة أو الإقرار دون الحاجة إلى الخصومة فلا يتناولها التوكيل.

ويشترط حضور الموكل حال الاستيفاء؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

وعند الشافعية: عدم صحة التوكيل في إثبات الحدود إلا حد القذف، ويصح التوكيل في الاستيفاء. =

. . . .

يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها، فاعترفت فأمر بها فرجمت». متفق عليه(١).

= لأن الحدود حق لله عز وجل تدرأ بالشبهات فلا توكيل فيها، بخلاف حد القذف فهو حق للآدمي.

ويصح التوكيل في الاستيفاء لوروده في السنة عن النبي ﷺ.

(بدائع الصنائع ٩/ ٢١، ومواهب الجليل ٥/ ١٨١، وتكملة المجموع ١٣/ ٥٤١، والمغني ٧/ ٢٠٠).

وأما القصاص: فجمهور أهل العلم: صحة الوكالة في إثبات القصاص واستيفائه، لكن عند الشافعية: يشترط حضور الموكل عند الاستيفاء؛ لأن القصاص حق للآدمي فجازت الوكالة فيه.

وعند الحنفية: يصح في الإثبات، ولا يصح في الاستيفاء؛ لاحتمال العفو عن الجاني. (المصادر السابقة).

(١) أخرجه البخاري ٣/ ٦٥ ـ الوكالة ـ باب الوكالة في الحدود، ٣/ ١٦٧ ـ الصلح ـ باب إذا اصطلحوا على صلح جور، فالصلح مردود، ٣/ ١٧٦ ـ الشروط ـ باب الشروط التي لا تحل في الحدود، ٧/ ٢١٩ ـ الأيمان ـ باب كيف كانت يمين النبي ﷺ، ٨/ ٢٥، ٢٩، ٣٠، ٣٤ ـ الحدود ـ باب الاعتراف بالزنا، وباب من أمر غير الإمام بإقامة الحد غائبًا عنه، وباب إذا رمى امرأته أو امرأة غيره بالزنا عند الحاكم، وباب هل يأمر الإمام رجلاً فيضرب الحد غائبًا عنه، ٨/ ١٢٠ ـ الأحكام ـ باب هل يجوز للحاكم أن يبعث رجلاً وحده للنظر في الأمور، ٨/ ١٣٥ ـ أخبار الآحاد ـ باب ما جاء في إجازة خبر الواحد الصدوق، مسلم ٣/ ١٣٢٤، ١٣٢٥ ـ الحدود ـ ح ٢٥ ـ من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني.

. . . .

وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكِّلَ فِيمَا وُكِّلَ فِيه

ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكل وغيبته، (**وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه**)(١) إذا كان يتولاه مثله(٢) ولم يعجزه(٣)؛ لأنه [لم][١] يأذن

(١) قال ابن المنذر في الإجماع ص (١٦٠): «وأجمعوا على أن الوكيل إذا أراد أن يوكل وقد جعل إليه الموكل ذلك في كتاب الوكالة أن له أن يوكل غيره»، وكذلك إذا نهاه عن التوكيل فليس له أن يوكل.

قال ابن قدامة في المغني ٧/ ٢٠٧: «لا نعلم فيه خلافًا».

وأما مع الإطلاق، فالمذهب وهو قول الجمهور: أنه لا يملك التوكيل فيما وكل فيه إلا إذا كان يعجز عن القيام به، أو لا يليق به مباشرته بنفسه؛ لأن الموكل قد رضي بتصرف الوكيل، ولم يرض بتصرف غيره، فلا يملك توكيل غيره كالمودع لا يودع، ولأن توكيل الموكل فيما لا يليق به أو ما لا يستطيع القيام به إنما يقصد منه الاستنابة فيه فصح التوكيل فيه.

وعند الحنفية: ليس له أن يوكل إلا بالإذن إلا في ثلاث مسائل:

١ - إذا وكل شخصًا في دفع زكاته، فللوكيل أن يوكل.

٢ - إذا وكل من يقبض دينه، فللوكيل أن يوكل أحدًا من عياله.

٣ - إذا وكل من يبيع سلعة فوكل الوكيل من يذهب إلى موكله ليعلم منه تقدير الثمن؛ لأن الموكل قد فوض إلى الموكل التصرف دون التوكيل؛ لأنه إنما رضي برأيه دون بقية الآراء.

ونوقش: بالتسليم إلا إذا دلت القرينة كما لو كان مثله لا يباشره أو يعجز عنه، وعلى هذا فالأقرب قول الجمهور.

(المبسوط ١٩/ ٣٢، والشرح الصغير ٢/ ١٨٥، والمهذب ١/ ٣٥٨، وقواعد ابن رجب ص (١٢٤)، والمبدع ٤/ ٣٦٠).

(٢) كالأعمال الدنيئة في حق أشراف الناس.

(٣) لكثرته.

[١] ساقط من / ش.

إِلاَّ أَنْ يُجْعَلَ إِلَيهِ، وَالوَكَالَةُ عَقْدٌ جَائِزٌ

له في التوكيل ولا تضمنه إذنه لكونه يتولى مثله، **(إلا أن يجعل إليه)**(١) بأن يأذن له في التوكيل أو يقول[١]: اصنع ما شئت(٢)، ويصح توكيل عبد بإذن سيده(٣).

(والوكالة عقد جائز)(٤)؛ لأنها من جهة الموكل إذن(٥)، ومن جهة

---

(١) إجماعًا (الإجماع لابن المنذر ص (١٦٠)).

(٢) لأنه لفظ عام فيدخل في عمومه التوكيل.

(٣) لأن المنع لحق السيد فجاز مع إذنه، ولايجوز مع عدم الإذن؛ لأن منافعه لسيده، إلا ما يملكه وحده كالطلاق.

(٤) في الإنصاف مع الشرح ١٣/ ٤٦٦: «بلا نزاع أعلمه، فلو قال: وكلتك وكلما عزلتك فقد وكلتك انعزل بقوله: عزلتك وكلما وكلتك فقد عزلتك، وتسمى الوكالة الدورية وهو فسخ معلق بشرط. قاله في الفروع.

والصحيح من المذهب: صحتها... قال في التلخيص: قياس المذهب: صحة الوكالة الدورية بناء على أن الوكالة قابلة للتعليق عندنا وكذلك فسخها، وقال الشيخ تقي الدين: لا تصح؛ لأنه يؤدي إلى أن تصير العقود الجائزة لازمة وذلك تغيير لقاعدة الشرع، وليس مقصود المعلق إيقاع الفسخ، وإنما قصده الامتناع من التوكيل وحله قبل وقوعه، والعقود لا تفسخ قبل انعقادها، ذكره ابن رجب في القاعدة الثامنة عشرة بعد المائة».

وجواز الوكالة ما لم يترتب على فسخها ضرر.

فتلزم عند الحنفية في ثلاثة مواضع، وعند المالكية في ثلاثة مواضع، وعند الشافعية في موضعين.

(بدائع الصنائع ٦/ ٣٧، ومواهب الجليل ٥/ ٢١٤، ونهاية المحتاج ٥/ ٥٢).

(٥) كالإذن في أكل طعامه. (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤٦٧).

---

[١] في/ م، ف بلفظ: (ويقول).

وَتَبْطُلُ بِفَسْخِ أَحَدِهِمَا وَمَوْتِهِ، وَعَزْلِ الوَكِيلِ

الوكيل بذل نفع، وكلاهما غير لازم فلكل واحد منهما فسخها، (**وتبطل بفسخ**[١] **أحدهما وموته**)[٢] وجنونه المطبق[٣]؛ لأن الوكالة تعتمد الحياة والعقل، فإذا انتفيا انتفت صحتها، وإذا وكل في طلاق الزوجة ثم وطئها[٤]، أو في عتق العبد ثم كاتبه أو دبره بطلت[٥].

(و) تبطل أيضًا بـ (**عزل الوكيل**)[٦] ولو قبل علمه[٧]؛ لأنه رفع عقد

---

(١) باتفاق الأئمة. (المصادر السابقة).

(٢) باتفاق الأئمة؛ لعدم الأهلية. (المصادر السابقة).

وهل يشترط علم الوكيل بموت الموكل؛ لعدم صحة تصرفاته، يأتي.

(٣) باتفاق الأئمة؛ لعدم الأهلية. (المصادر السابقة).

وعند الشافعية: لا يشترط أن يكون مطبقًا، بل مطلق الجنون مفقد للأهلية.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ٤٦٨: «لكن وكل ولي اليتيم وناظر الوقف أو عقد عقدًا جائزًا غيرها كالشركة والمضاربة فإنها لا تنفسخ بموته؛ لأنه متصرف على غيره، قطع به في القاعدة الحادية والستين».

(٤) بطلت وكالته؛ لأنه دليل رجوعه ورغبته فيها واختيار إمساكها، لا بقبلتها على الصحيح من المذهب كما لا تصح الرجعة بها.

(٥) للدلالة على الرجوع.

(٦) باتفاق الفقهاء. (المصادر السابقة).

(٧) وهذا هو المذهب، وهو قول عند المالكية؛ لما علل به المؤلف.

وعند الحنفية والشافعية: لا ينعزل الوكيل إلا بالعلم، واختاره شيخ الإسلام.

(بدائع الصنائع ٦/ ٣٧-٣٩، ومواهب الجليل ٥/ ٢١٤، ونهاية =

وبِحَجْرِ السَّفِيهِ

لا يفتقر إلى رضا صاحبه، فصح بغير علمه[١] كالطلاق، ولو باع أو تصرف فادعى أنه عزله قبله لم يقبل إلا ببينة(١).

(و) تبطل أيضًا (بحجر السفيه)(٢) لزوال أهلية التصرف(٣)، لا بالحجر لفلس؛ لأنه لم يخرج عن أهلية التصرف، لكن إن حجر على الموكل، وكانت في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه فيها(٤).

= المحتاج ٥/ ٥٢، والشرح الكبير مع الإنصاف ٣/ ٤٧٨، ومجموع الفتاوى ٣٠/ ٦١).

وفي المغني٧/ ٢٣٤: «والثانية: لا ينعزل، نص عليه أحمد في رواية جعفر ابن محمد لما في ذلك من الضرر؛ لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة، وربما باع الجارية فيطؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري فيجب ضمانه فيتضرر المشتري والوكيل؛ ولأنه يتصرف بأمر الموكل فلا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه كالفسخ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم صح تصرفه».

(١) تشهد بالعزل قبل؛ لأن الأصل بقاء الوكالة والشركة ونحوهما، وبراءة ذمة الوكيل والشريك ونحوهما من ضمان ما أذن له فيه، بعد الوقت الذي ادعى الموكل عزله فيه، واختار شيخ الإسلام: عدم الضمان. (الإنصاف مع الشرح الكبير ٣/ ٤٧٨).

(٢) في التصرفات المالية وكيلاً كان أو موكلاً حيث اعتبر رشده، ويأتي في باب الحجر.

(٣) بخلاف ما لا ينافيه كالطلاق.

(٤) في كشاف القناع ٣/ ٤٦٨: «وتبطل الوكالة أيضًا بفلس موكل فيما حجر عليه فيه كتصرف في عين ماله لانقطاع تصرفه فيه بخلاف ما لو وكله في تصرف في الذمة».

---

[١] في/ ف بلفظ: (عمله).

وَمَنْ وُكِّلَ فِي بَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ لَمْ يَبْعْ وَلَمْ يَشْتَرِ مِنْ نَفْسِهِ وَوَلَدِهِ

(ومن وكل في بيع أو شراء لم يبع ولم يشتر من نفسه)؛ لأن العرف في البيع بيع الرجل من غيره، فحملت الوكالة عليه ولأنه تلحقه تهمة.

(و) لا من (ولده) ووالده وزوجته ومكاتبه[١] وسائر من لا تقبل شهادته له(١)؛ لأنه متهم في حقهم، ويميل إلى ترك الاستقصاء عليهم في

---

(١) فالمذهب، ومذهب الحنفية: أن الوكيل لا يملك البيع والشراء لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له إلا بإذن الموكل؛ لما علل به المؤلف.
ولأن الوكيل يستقصي لنفسه وقد أخذ عليه بمقتضى عقد الوكالة أن يستقصي للموكل فيؤدي بيعه لنفسه وشراؤه منها إلى تضاد الغرضين.
وعند المالكية: أنه يملك ذلك بشرط عدم المحاباة؛ إلا أنهم استثنوا صغاره وسفهاءه ورقيقه غير المأذون لهم بالتجارة فلا يملك البيع ولا الشراء منهم.
وعللوا: أن الوكيل ببيعه وشرائه امتثل أمر الموكل من غير محذور، فصح كما لو كان من شخص أجنبي.
وأيضًا: لا تهمة في شرائه أو بيعه ممن لا تقبل شهادته له؛ لأن الأملاك متباينة والأملاك منقطعة.
وعند الشافعية: أن الوكيل لا يملك البيع ولا الشراء لنفسه مطلقًا، ويملك البيع والشراء لمن لا تقبل شهادته له مطلقًا؛ لأنه يجمع في عقد الوكالة مع نفسه غرضان مضادان الاستقصاء للموكل والاسترخاص لنفسه، وهما متضادان؛ ولأن الوكيل يملك البيع على من لا تقبل شهادته لهم من ماله والشراء منهم له فكذلك يملك البيع عليهم من مال موكله والشراء لهم منه كالأجنبي.
(المبسوط ١٩/ ٢٣، وبدائع الصنائع ٦/ ٢٨، والإشراف ٥/ ٢٧، والشرح الصغير ٢/ ١٨٥، ومختصر المزني ٨/ ٢١٠، وحلية العلماء =

---

[١] في/ س بلفظ: (مكاتب).

. . . .

الثمن كتهمته في حق نفسه(١)، وكذا حاكم وأمينه(٢) وناظر وقف ووصي(٣).

= ٥/ ١٢٧، والمهذب ١/ ٣٥٩، والمبدع ٤/ ٣٦٧، ومطالب أولي النهى ٣/ ٤٦٣).

والأقرب: الصحة مطلقًا ما لم تكن محاباة؛ لأن المنع من البيع للتهمة، وهذا منتف بعدم المحاباة.

وقد ورد عن الإمام أحمد أن الوكيل يملك البيع من نفسه إذا زاد على مبلغ المبيع في النداء وتولى النداء غيره. (كتاب الروايتين ١/ ٣٩٨، والإنصاف ٥/ ٣٧٥).

بل ذكر في الإنصاف احتمالاً عن الأزجي: «لا يعتبران؛ لأن دينه وأمانته تحمله على عمل الحق، وربما زاد خيرًا».

ويتولى طرفي العقد كتوكيله في البيع، وتوكيل آخر في الشراء، ولا يجوز للدلال أن يكون شريكًا فيمن يزيد من يغر علم البائع؛ لأنه يحب أن لا يزيد أحد فلا ينصح.

(١) بخلاف من تقبل شهادته له كأخيه وعمه، وفي الإنصاف ٥/ ٣٧٥: «وحيث حصلت تهمة لم ينصح».

(٢) وكالوكيل فيما تقدم من البيع ونحوه لنفسه أو من لا تقبل شهادته حاكم وأمينه. (كشاف القناع ٣/ ٤٧٤).

وقال ابن رجب في القاعدة (٧٠): «يتوجه التفريق بين الحاكم وغيره فإن الحاكم ولايته غير مستندة إلى إذن فتكون عامة بخلاف غيره».

(٣) وفي كشاف القناع ٣/ ٤٧٤: «فلا يبيع من مال الوقف ولا يشتري منه لنفسه ولا لوالده وولده ومكاتبه ونحوهم. . .

وأما إجارته فقال ابن عبد الهادي في جمع الجوامع: إن كان الوقف على نفس الناظر فإجارته لولده صحيحة بلا نزاع، وإن كان الوقف على غيره =

. . . .

وَلا يبيع بِعَرَضٍ وَلا نَساءٍ، ولا بِغَيْرِ نَقْدِ البَلَدِ

ومضارب وشريك عنان ووجوه[١]، (**ولا يبيع**) الوكيل (**بعرض**[٢] **ولا نساء**[٣] **ولا بغير نقد البلد**)؛ لأن عقد الوكالة لم يقتضه، فإن كان في البلد نقدان باع بأغلبهما رواجًا، فإن تساويا خير[٤].

= ففيه تردد يحتمل أوجهًا منها: الصحة وحكم به جماعة من قضاتنا، والثاني: صح بأجرة المثل فقط، والثالث: لا تصح مطلقًا».

(١) وكذا عامل بيت المال ونحوه، والإجارة كالبيع فيما سبق؛ لأنها نوع منه. (المصدر السابق).

(٢) كثوب وسيارة، وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأن أمر الموكل للوكيل مطلق، والمطلق يتقيد بالعرف، والعرف البيع بالنقود.

وعند أبي حنيفة: يصح البيع بالعرض؛ لأنه إذا باع بالعرض أتى بمطلق البيع، إذ البيع مبادلة مال بمال. (المصادر السابقة).

ونوقش: بأن هذا الإطلاق مقيد بالعرف، وعلى هذا فالأقرب قول الجمهور.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم إلا بالإذن؛ لأن الأمر بالبيع مطلق والمطلق يتقيد بالعرف، والعرف البيع نقدًا.

وعند أبي حنيفة: يصح البيع نسيئة إلا إن نهاه الموكل؛ لأن الأمر بالبيع مطلق فيشمل النقد والنسيئة.

ونوقش: بأن هذا الإطلاق مقيد بالعرف، وعلى هذا فالأقرب قول الجمهور. (المصادر السابقة).

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول الجمهور؛ لما علل به المؤلف، ولأن إطلاق البيع ينصرف إلى نقد البلد.

وعند أبي حنيفة: يملك البيع بغير نقد البلد، ودليله ما تقدم في المسألة السابقة، وقد تقدمت مناقشته. (المصادر السابقة).

. . . .

وَإِنْ بَاعَ بِدُونِ ثَمَنِ المِثْلِ، أَوْ دُونَ مَا قدر لَهُ، أَوْ اشْتَرَىٰ لَهُ بِأَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِ المِثْلِ، أَوْ مِمَّا قَدَّرَهُ لَهُ صَحَّ وَضَمِنَ النَّقْصَ وَالزِيادَةَ

(**وإن باع بدون ثمن المثل**) إن لم يقدر له ثمن، (**أو**) باع بـ (**دون ما قدره**[١] **له**) الموكل صح، (**أو اشترى له بأكثر من ثمن المثل**) وكان لم يقدر له ثمنًا، (**أو مما قدره له صح**) الشراء؛ لأن من صح منه[٢] ذلك بثمن مثله صح بغيره.

(**وضمن النقص**) في مسألة البيع، (**و**) ضمن (**الزيادة**) في مسألة الشراء[١]؛ لأنه . . . .

---

(١) وهذا هو المذهب، لكن في حال تقدير الثمن يضمن مطلقًا ولو مما يتغابن به الناس، وفي عدم تقدير الثمن لا يضمن ما يتغابن به الناس لمشقة الاحتراز عنه، واختاره شيخ الإسلام؛ لما علل به المؤلف.

ولأن التوكيل في البيع والشراء توكيل مطلق في عقد معاوضة فاقتضى ثمن المثل.

وعند المالكية والشافعية وابن حزم: أن الوكيل لا يملك البيع ولا الشراء بدون ثمن المثل إذا كان مما لا يتغابن به الناس ولا يصح، ويملكه إذا كان مما يتغابن به الناس ويصح لقوله تعالى: ﴿**وَلا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ**﴾ قال ابن حزم: «فوجب من هذا أن من أمره موكله بأن يبتاع له شيئًا بثمن مسمى أو يبيعه له فباعه أو ابتاعه بأكثر أو بأقل ولو بفلس لم يلزم الموكل ولم ينفذ البيع، فلو وكله على أن يبيع له أو يبتاع له فإن ابتاع له بما يساوي أو باع بذلك لزم وإلا فهو مردود».

ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع.

وعند أبي حنيفة: أن الوكيل يملك البيع بدون ثمن المثل، ولا يملك =

---

[١] في/ م، ف بلفظ: (قدر).

[٢] في/ س بلفظ: (عنه).

. . . .

مـفـرط[1]، والوصي وناظر الوقف كالوكيل في ذلك، ذكره الشيخ تقي الدين[2].

= الشراء بأكثر منه إذا كان مما لا يتغابن به الناس، ويمكله إذا كان مما يتغابن به؛ لأن التوكيل بالبيع مطلق فيدخل في ذلك البيع بغبن فاحش.

ونوقش: بأن المطلق يتقيد بالعرف.

والأقرب: ما ذهب إليه الحنابلة؛ لما استدلوا به، والأصل صحة البيع.

(بدائع الصنائع ٦/ ٢٧، وتبيين الحقائق ٤/ ٢٧٠، والمدونة ٤/ ٢٤٤، والتفريع ٢/ ٣١٨، ومختصر المزني ٨/ ٢١٠، والمهذب ١/ ٣٦١، وحلية العلماء ٥/ ١٣٣، والمغني ٧/ ٢٤٧، والفروع ٤/ ٣٥٨، والاختيارات الفقهية ص (١٤٠)).

(١) أي يترك الاحتياط وطلب الحظ ما لم يكن مما يتغابن بمثله كالدرهم في العشرة فمعفو عنه إذا لم يكن الموكل قدر الثمن؛ لعسر التحرز منه.

(٢) في الاختيارات ص (١٤٠): «قال أبو العباس: وكذلك الشريك والوصي، والناظر على الوقف، وبيت المال، ونحو ذلك، وقال: وهذا ظاهر فيما إذا فرط، وأما إذا احتاط في البيع والشراء، ثم ظهر غبن أو عيب لم يقصر فيه، فهذا معذور يشبه خطأ الإمام أو الحاكم، ويشبه تصرفه قبل علمه بالعزل.

وأبين من هذا: الناظر والوصي والإمام والقاضي إذا باع، أو أجر، أو زارع، أو ضارب، ثم تبين أنه بدون القيمة بعد الاجتهاد، أو تصرف ثم تبين الخطأ فيه، مثل أن يأمر بعمارة أو غرس ونحو ذلك، ثم تبين أن المصلحة كانت بخلافه، وهذا باب واسع، . . . وتضمين مثل هذا فيه نظر، وهو شبيه بما إذا قتل في دار الحرب من يظنه حربيًا فبان مسلمًا، فإن جماع هذا أنه مجتهد مأمور بعمل اجتهد، وكيف يجتمع عليه الأمر والضمان؟» اهـ.

. . . .

وَإِنْ بَاعَ بِأَزْيَد، أَوْ قَالَ بِعْ بِكَذَا مُؤَجَّلاً فَبَاعَ بِهِ حَالاً، أَوْ اشْتَرِ بِكَذَا حَالاً فَاشْتَرَىٰ بِهِ مُؤَجلاً، ولاَ ضَرَرَ فِيهِمَا

وإن قال[١]: بعه بدرهم[٢] فباعه بدينار صح؛ لأنه زاده خيراً(١)، (وإن باع) الوكيل (بأزيد) مما قدره له الموكل صح(٢)، (أو قال) الموكل: (بع بكذا مؤجلاً، فباع) الوكيل (به حالاً) صح(٣)، (أو) قال الموكل: (اشتر بكذا حالاً، فاشترى به مؤجلاً(٤) ولا ضرر فيهما[٣]) أي فيما إذا باع

---

(١) ولأن من باع بدرهم رضي مكانه ديناراً.

(٢) سواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو لا؛ لأنه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره، ويدل لذلك: حديث عروة بن الجعد رضي الله عنه فقد وكله النبي ﷺ «في شراء شاة بدينار، فاشترى شاتين». رواه البخاري، وكما لو اشتراه بدون ثمن المثل أو دون ما قدر له.

(٣) ما لم يكن ضرر.

(٤) بأن قال: اشتر بمائة حالة، فاشترى بمائة مؤجلة، صح، وهذا المذهب، وهذا قول جمهور أهل العلم، لكن إن كان بأكثر من ثمن النقد أو تضرر الموكل بحفظ الثمن لم يصح؛ لما علل به المؤلف.

وأيضًا فإنه إذا اشترى بأكثر من ثمن النقد أو كان فيه ضرر كان مخالفًا لمقتضى الوكالة.

وعند المالكية: لا يملكه؛ لأن الموكل قصد بالتوكيل في الشراء نقدًا أن لا يكون عليه دين وبالشراء نسيئة يكون الثمن عليه دينًا.

ونوقش: أنه يتمكن من إبراء ذمته بالوفاء، وعلى هذا فالأقرب قول جمهور العلماء.

(الفتاوى الهندية ٣/ ٥٧٤، والكافي لابن عبد البر ٢/ ٧٩٠، والمهذب ١/ ٣٦١، ومغني المحتاج ٢/ ٢٢٩، والكافي لابن قدامة ٢/ ٢٤٧).

---

[١] في/ ط بلفظ: (قاله).

[٢] في/ ف بلفظ: (بدراهم).

[٣] في/ س بلفظ: (فيها).

صَحَّ وَإلاَّ فَلاَ.

بالمؤجل[١]حالاً أو اشترى بالحال مؤجلاً، (**صح**) لأنه زاده خيراً، فهو كما لو وكله في بيعه بعشرة فباعه[٢] بأكثر منها، (**وإلا فلا**) أي وإن [لم يبع][٣] أو يشتر بمثل ما قدره له بلا ضرر، بأن قال: بعه بعشرة مؤجلة فباعه بتسعة حالة(١)، أو باعه بعشرة حالة، وعلى الموكل ضرر بحفظ الثمن في الحال[٤]، أو قال: اشتره بعشرة حالة، فاشتراه بأحد عشر مؤجلة(٢) [أو بعشرة مؤجلة][٥] مع ضرر لم ينفذ تصرفه لمخالفته موكله(٣)، وقدم في

---

(١) لم يصح لمخالفته لموكله وحصول ضرره.

(٢) لم يصح البيع؛ لما تقدم.

(٣) وفي الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٥٠٠: «إذا وكله في بيع سلعة نسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئة، أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه؛ لأنه خالف موكله لكونه إنما رضي بثمن النسيئة دون النقد، وإن باعها نقداً بمثل ثمنها نسيئة أو بما عينه من الثمن، فقال القاضي: يصح؛ لأنه زاده خيراً فهو كما لو وكله في بيعها بعشرة فباعها بأكثر منها، والأولى أن ينظر فيه فإن لم يكن له غرض في النسيئة صح لما ذكرنا، وإن كان له غرض مثل أن يستضر بحفظ الثمن في الحال، أو يخالف عليه من التلف أو المتغلبين أو يتغير حاله إلى وقت الحلول، أو نحو ذلك فهو كمن لم يؤذن له؛ لأن حكم الإذن لا يتناول المسكوت عنه إلا إذا علم أنه في المصلحة كالمنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتًا بطريق التنبيه أو المماثلة، ومتى كان في المنطوق به غرض صحيح لم يجز تفويته ولا ثبوت الحكم في غيره».

---

[١] في/ ف بلفظ: (المؤجل).

[٢] في/ م بلفظ: (فباع).

[٣] ساقط من/ ف.

[٤] في بعض المطبوعات بزيادة عبارة: (أو بعه بعشرة حالة فباعه بأحد عشر مؤجلة).

[٥] ساقط من/ ف.

. . . .

«الفروع»[١] أن الضرر لايمنع الصحة، وتبعه في «المنتهى»[٢] و«التنقيح»[٣] في مسألة البيع، وهو ظاهر «المنتهى» أيضًا في مسألة الشراء، وقد سبق لك أن بيع الوكيل بأنقص مما قدر له وشراءه بأكثر منه صحيح ويضمن[٤].

* * *

(١) أي مطلقًا ولو مع الضرر (الفروع ٤/ ٣٤١).

(٢) ٢/ ١٥٤. ما لم ينهه، فإن نهاه لم يصح.

(٣) ص ٢١٠.

(٤) الوكيل النقص في مسألة البيع، والزيادة في مسألة الشراء، فدل كلامه أنه يرى الصحة ولو مع الضرر.

* * *

. . . .

فصل

وإنِ اشْتَرَىٰ مَا يَعْلَمُ عَيْبَهُ لَزِمَهُ إنْ لَمْ يَرْضَ مُوَكِّلُهُ

فصل[١]

(وإن اشترى) الوكيل (ما يعلم عيبه لزمه) أي لزم الشراء الوكيل[٢]، فليس له رده لدخوله على بصيرة، (إن لم يرض) به (موكله)، فإن رضيه كان له لنيته بالشراء[٣].

---

(١) أي في بيان ما يلزم الموكل والوكيل من نحو رد معيب بعيب، وتسليم ثمن وإشهاد، وما يملك فعله، وغير ذلك. (حاشية ابن قاسم ٥/ ٢٢٤)

(٢) ولم يلزم الموكل؛ لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة من العيوب، ولا نزاع أنه ليس للوكيل شراء معيب. (المصدر السابق).

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية والشافعية، لكن صرح المالكية: إن كان العيب يسيراً يلزم الموكل: أن الوكيل لا يملك شراء المعيب، فإن فعل وكان عالمًا لم يلزم الموكل، وإنما يلزم الوكيل إلا إن رضي الموكل، وإن كان جاهلاً صح وله رده عند العلم بالعيب؛ لما علل به المؤلف، ولأن إطلاق البيع يقتضي السلامة من العيب، ولذا جاز الرد بالعيب فلم يملك الوكيل شراء المعيب، ولأن الوكيل اشترى غير ما أذن له فلم يلزم الموكل إلا برضاه.

وعلل المالكية بأن العيب اليسير يكثر وقوعه ويصعب التحرز منه، فلا يؤثر خاصة إذا كان في المبيع فيه مصلحة.

فإن جَهِلَ رَدَّهُ

وإن اشتراه بعين المال لم يصح[(١)] ، (**فإن جهل**) عيبه (**رده**) ؛ لأنه قائم مقام الموكل[(٢)] ، وله أيضًا رده لأنه ملكه[(٣)] ، فإن حضر الموكل قبل رد الوكيل ورضي بالعيب لم يكن للوكيل رده ؛ لأن الحق له ، بخلاف المضارب لأن له حقًا فلا يسقط برضى غيره[(٤)] ، فإن طلب البائع الإمهال حتى يحضر الموكل لم يلزم الوكيل ذلك[(٥)] .

= وعند أبي حنيفة : لإطلاق الأمر بالشراء فيدخل في ذلك المعيب .

ونوقش : بأن هذا الإطلاق مقيد بالعرف ، وعلى هذا فالأقرب قول الجمهور .

(الفتاوى الهندية ٣/ ٥٧٥ ، والمدونة ٤/ ٢٤٤ ، ومواهب الجليل ٥/ ١٩٧ ، ومختصر المزني ٨/ ٢١٠ ، وحلية العلماء ٥/ ١٣٠ ، والمهذب ١/ ٣٥٩ ، والفروع ٤/ ٣٥٥ ، والمبدع ٤/ ٣٧٣ ، والإنصاف ٥/ ٣٨٧) .

(١) في كشاف القناع ٣/ ٣٧٨ : « وإن اشترى الوكيل ما علم عيبه بعين المال الذي وكل في الشراء به فكشراء فضولي فلا يصح على المذهب» اهـ ، وتقدم في أول كتاب البيع في شروط صحة البيع صحة التصرف الفضولي بالإجازة ، وهو مذهب أبي حنيفة واختيار شيخ الإسلام رحمهما الله .

(٢) ومثل ذلك خيار غبن وتدليس .

(٣) وحقوق العقد متعلقة به . (كشاف القناع ٣/ ٤٧٨) .

(٤) من أجل حصته من الربح ، وإن رضي رب المال بالعيب ولم يرض هو به .

(٥) في كشاف القناع ٣/ ٤٧٨ : «لأنه لا يأمن فوات الرد بهرب البائع ، فإن أخره =

ووكيلُ البيْعِ يُسلِّمُهُ

وحقوق العقد كتسليم الثمن(١) وقبض [1] المبيع(٢) والرد بالعيب(٣) وضمان الدرك تتعلق بالموكل(٤).

(**ووكيل البيع يسلمه**) أي يسلم المبيع(٥)؛ لأن إطلاق الوكالة في البيع يقتضيه لأنه من تمامه.

= لذلك فله الرد، فلو أسقط الوكيل خياره فحضر موكله فرضي به لزمه البيع؛ لأن الحق له، وإلا بأن لم يرض به فله رده؛ لأن الحق له فلا يسقط بإسقاط وكيله. . . فإن قال البائع للوكيل: موكلك قد رضي بالعيب، فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه لا يعلم ذلك لأنه الأصل».

(١) فلا يطالب الوكيل بالشراء في الثمن، بل يطالب به الموكل. (كشاف القناع ٣/ ٤٧٢).

(٢) فلا يطالب الوكيل بتسليم المبيع، بل يطالب به الموكل. (المصدر السابق).

(٣) فلو أبرأ الوكيل البائع من العيب لم يبرأ إلا بإبراء الموكل، ولو أبرأ المشتري الوكيل من العيب لم يبرأ الموكل.

(٤) أي التبعة كما لو خرج المبيع مستحقًا أو معيبًا.

(٥) وهو قول جمهور أهل العلم، خلافًا لبعض الشافعية؛ لما علل به المؤلف؛ ولأن الوكيل هو العاقد حقيقة وحكمًا.

(تبيين الحقائق ٤/ ٢٥٦، وشرح منح الجليل ٣/ ٣٦٣، وروضة الطالبين ٤/ ٣٠٨، والمبدع ٤/ ٣٧٦).

---

[1] بداية الساقط من / م، ف.

ولا يَقبِض الثَّمَنَ بِغَيْرِ قَرِينَةٍ

(**ولا يقبض**) الوكيل في البيع (**الثمن**)(١) بغير إذن الموكل؛ لأنه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض[1] الثمن (**بغير قرينة**).

فإن دلت القرينة على قبضه مثل توكيله في بيع شيء في سوق غائبًا عن الموكل(٢)، أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل [له[2]](٣) كان إذنًا في قبضه.

فإن تركه ضمنه لأنه يعد مفرطًا، هذا المذهب عند الشيخين(٤)، وقدم

---

(١) وهذا هو المذهب: أن الوكيل لا يقبض الثمن في البيع إلا بإذن الموكل؛ لما علل به المؤلف، ولأن الإذن في البيع ليس إذنًا في قبض الثمن من جهة النطق ولا من جهة العرف.

ونوقش: بعدم التسليم بل إذن من جهة العرف، إذ التوكيل المطلق في البيع يقتضي في العرف البيع التام ومنه قبض الثمن.

والقول الثاني في المذهب: أن الوكيل لا يملك قبض الثمن إلا بإذن أو قرينة؛ لأن القرينة تدل على الإذن.

وعند الحنفية والشافعية: يملك ذلك لما تقدم أن الوكيل هو العاقد حقيقة وحكمًا، ولأن العرف في المبيع تسليم المبيع وقبض الثمن فحملت الوكالة عليه، وهذا هو الأقرب. (المصادر السابقة).

(٢) فإن تركه عد مفرطًا.

(٣) وكذا لو أفضى عدم القبض إلى ربا كبيع ربوي بآخر ولم يحضر الموكل.

(٤) الموفق والمجد، وصوبه المرداوي في الإنصاف ٥/ ٣٩١.

---

[١] نهاية الساقط من/ م، ف.

[٢] ساقط من/ س.

وَيُسَلِّمُ المُشْتَرِي الثَّمَنَ، فَلَوْ أَخَّرَهُ بِلا عُذْرٍ تَلَفٍ ضَمِنَهُ،

في «التنقيح»(١) وتبعه في «المنتهى»(٢): لا يقبضه إلا بإذنه[١]، فإن تعذر لم يلزم الوكيل شيء لأنه ليس بمفرط؛ لكونه لا يملك قبضه.

(**ويسلم وكيل المشتري الثمن**)(٣)؛ لأنه من تتمته وحقوقه كتسليم المبيع، (**[فلو أخره]**)[٢] أي أخر[٣] تسليم الثمن (**بلا عذر وتلف**) الثمن (**ضمنه**) لتعديه بالتأخير(٤)، وليس لوكيل في بيع تقليبه على مشتر إلا بحضرته وإلا ضمن(٥).

---

(١) ص (٢١١).

(٢) ٢/ ٣٠٤.

وقال في الإنصاف: هو المذهب. ٥/ ٣٩١.

وانظر: المحرر ١/ ٣٤٩، والمبدع ٤/ ٣٧٦، ومطالب أولي النهى ٣/ ٤٧٦.

(٣) وهو قول جمهور أهل العلم خلافًا لبعض الشافعية؛ لما علل به المؤلف، ولحديث عروة البارقي رضي الله عنه «حيث وكله النبي ﷺ في شراء شاة فأعطاه دينارًا فاشترى به وسلم الدينار للبائع». رواه البخاري، وأقره النبي ﷺ، ولما تقدم أن الوكيل عاقد حقيقة وحكمًا. (المصادر السابقة).

(٤) فإن كان له عذر مثل أن يمتنع البائع من قبضه ونحو ذلك، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يتعد ولم يفرط.

(٥) أي وليس لوكيل في بيع إعطاؤه لمشتر ليقلبه بما يغيب به عن الوكيل، وإنما يقلبه بحضرة الوكيل، وذلك أن يقول المشتري: أريد أن أريه فلانًا، فإن غاب به عن الوكيل وتلف ضمنه الوكيل لتعديه بدفعه له.

---

[١] في/ م، ف، هـ بلفظ: (بإذن).

[٢] ساقط من/ م، هـ.

[٣] في/ م بلفظ: (اخرها).

وَإِنْ وَكَّلَهُ في بَيْعٍ فَاسِدٍ، فَبَاعَ صَحِيحًا، أَوْ وَكَّلَهُ فِي كُل قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ

(**وإن وكله في بيع فاسد**) لم يصح ولم يملكه[(١)]؛ لأن الله تعالى لم يأذن فيه ولأن الموكل لا يملكه[(٢)].

(فـ) لو (باع) الوكيل إذًا بيعًا (**صحيحًا**) لم يصح؛ لأنه لم يوكل فيه[(٣)]، (**أو وكله في كل قليل وكثير**)[(٤)] لم يصح؛ لأنه يدخل فيه كل

---

(١) في كشاف القناع ٣/ ٤٨٢: «وإن وكله في بيع فاسد كشرطه أي الموكل على وكيل أن لا يسلم المبيع تشبيه للشرط الفاسد بالبيع الفاسد في أنه لا يصح التوكيل فيه. . . ولم يملك الوكيل في البيع الفاسد البيع».

(٢) أي البيع الفاسد، فالوكيل أولى.

(٣) كما لو أذن له في شراء خمر فاشترى خلاً لم يملك ذلك.

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لما علل به المؤلف، فلا من تصرف معلوم.

وعند الحنفية: تصح الوكالة المطلقة كقوله أنت وكيلي بكل قليل وكثير صح ويكون وكيلاً في الحفظ.

وعند المالكية: تصح الوكالة المطلقة كأن يقول وكلتك وكالة مفوضة، أو وكلتك في جميع أموري، وينفذ تصرفه في كل ما لا يضر بالمال فليس له التصدق من مال موكله أو الهبة، وأيضًا يستثنى:

١ ـ طلاق زوجة الموكل فلا يدخل في التوكيل.

٢ ـ بيع دار السكنى التي يقطنها الموكل.

٣ ـ تزويج البنت البكر.

٤ ـ بيع الرقيق القائم بأمور الموكل.

(تكملة حاشية رد المحتار ٧/ ٥١٠، ومواهب الجليل ٥/ ١٩١، ونهاية المحتاج ٢٥/ ٢٥، والمغني ٧/ ٢٠٥).

أَوْ شِرَاءِ مَا شَاءَ، أَوْ عَينًا بِمَا شَاءَ، وَلَمْ يُعَين لَمْ يَصِح

شيء من هبة ماله وطلاق نسائه وإعتاق رقيقه فيعظم الغرر والضرر، (أو) وكله في (**شراء ما شاء**[(١)] **أو عينًا بما شاء ولم يعين**) نوعًا وثمنًا (**لم يصح**)[(٢)]؛ [لأنه][1] يكثر فيه الغرر، وإن وكله في بيع ماله كله أو ما شاء منه صح[(٣)].

قال في «المبدع»[(٤)]: وظاهر كلامهم في: بع من[(٥)] مالي ما شئت، له

---

(١) لأنه قد يشتري ما لا يقدر على ثمنه.

(٢) وفي الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ٥٢٧: «وإن قال: اشتر لي ما شئت، أو عبدًا بما شئت لم يصح حتى يذكر النوع والثمن، هذه إحدى الروايتين وهو المذهب اختاره القاضي وغيره...

وعنه: ما يدل على أنه الأصح، قال أبو الخطاب: ويحتمل أن يجوز على ما قاله أحمد رحمه الله في رجلين: قال كل واحد منهما لصاحبه: ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك إنه جائز وأعجبه، وقال: هذا توكيل في كل شيء، وكذا قال ابن أبي موسى: إذا أطلق وكالته جاز تصرفه في سائر حقوقه، وجاز بيعه عليه وابتياعه له، وكان خصمًا فيما يدعيه لموكله ويدعي عليه بعد ثبوت وكالته منه.

وقيل: يكفي ذكر النوع فقط، اختاره القاضي.

وقيل: يكفي ذكر النوع أو قدر الثمن» اهـ.

(٣) في كشاف القناع ٣/ ٤٨٢: «لأنه يعرف ماله فيقل الغرر»، وكذا لو وكله في قبض ديونه، أو الإبراء منها، أو ما شاء منها.

(٤) المبدع جـ ٤ ص ٣٧٨.

(٥) من: بيانية لا تبعيضية.

---

[١] ساقط من/ س.

وَالوَكِيلُ فِي الخُصُومَةِ لا يَقْبِض والعَكْسُ بِالعَكْسِ

بيع ماله كله.

(**والوكيل في الخصومة لا يقبض**) لأن الإذن لم يتناوله نطقًا ولا عرفًا؛ لأنه قد يرضى للخصومة من لا يرضاه للقبض[1]، (**والعكس بالعكس**).

---

(١) فالوكالة في الخصومة وكالة في إثبات الحق لا في قبضه.

وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف.

وعند الحنفية: أن للوكيل في الخصومة قبض المال الذي يحكم به لموكله؛ ولأن المقصود من الخصومة استيفاء الحق إذ هي المقصودة لذاتها، ويدخل في ذلك القبض.

ولأن الخصومة لا تنتهي إلا بالقبض دفعًا لتوهم الإنكار، والمطل بعد الحكم.

واختار الموفق: أن له القبض إن دلت القرينة.

(تبيين الحقائق ٤/ ٢٧٨، ومواهب الجليل ٥/ ١٩٤، وتكملة المجموع ١٣/ ٥٥٨، والمغني ٧/ ٢١١).

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ٥٣١: «فائدتان: إحداهما: أفادنا المصنف رحمه الله صحة الوكالة في الوكالة وهو صحيح وهو المذهب وعليه الأصحاب ونص عليه، لكن قال في الفنون: لا يصح ممن علم ظلم موكله في الخصومة، واقتصر عليه في الفروع، وهذا مما لا شك فيه، قال في الفروع: وظاهره: يصح إذا لم يعلم ظلمه، فلو ظن ظلمه جاز، ويتوجه المنع، قلت: وهو الصواب، قال: ومع الشك يتوجه احتمالان ولعل الجواز أولى كالظن في عدم ظلمه، فإن الجواز فيه ظاهر، وإن لم يجز الحكم مع الريبة في البينة. =

وَأَقْبِضُ حَقِّي مِن زَيدٍ وَلا يَقْبِضُ من وَرَثَتِهِ إلاَّ أَنْ يَقُول الَّذِي قَبلَهُ

فالوكيل في القبض له الخصومة(١)؛ لأنه لا يتوصل إليه(٢) إلا بها، فهو إذن فيها عرفًا(٣).

(و) إن قال الموكل: (**أقبض حقي من زيد**) ملكه من وكيله [لأنه قائم مقامه، و(**لا يقبض من ورثته**)؛ لأنه لم يؤمر بذلك ولا يقتضيه][١] العرف(٤)، (**إلا أن يقول**) الموكل للوكيل: اقبض حقي (**الذي**[٢] **قبله**)،

= وقال القاضي في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُن لِّلْخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾ يدل على أنه لا يجوز لأحد أن يخاصم عن غيره في إثبات حق أو نفيه وهو غير عالم بحقيقة أمره» اهـ.

(١) ولا تلزمه، وهذا هو المذهب، وبه قال أبو حنيفة، ووجه عند الشافعية؛ لما علل به المؤلف.

وعند المالكية والوجه الآخر عند الشافعية: لأن القبض والخصومة معنيان مختلفان.

ونوقش: بالمنع؛ لأن القبض لا يتحقق إلا بالخصومة عند الإنكار أو المطل، وعلى هذا فالأقرب قول جمهور أهل العلم.

(بدائع الصنائع ٦/ ٣٦، ومواهب الجليل ٥/ ١٨٢، وتكملة المجموع ١٣/ ٥٥٨، والمغني ٧/ ٢١١).

(٢) فملكها لتثبيت ما وكل فيه.

(٣) وكما لو وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه.

(٤) لأن الوارث غير قائم مقام المورث في ذلك؛ لأن الحق انتقل إليه واستحقت المطالبة عليه لا بطريق النيابة. (كشاف القناع ٣/ ٤٨٣).

---

[١] ساقط من/ ف.

[٢] في/ م، ف بلفظ: (للذي).

وَلا يَضْمَنُ وَكِيلُ الإِيدَاعِ إِذَا لَمْ يَشْهَدْ.

أو عليه(١)، فله القبض وارثه[١]؛ لأن الوكالة اقتضت قبض حقه مطلقًا(٢)، وإن قال: اقبضه اليوم لم يملكه غدًا(٣).

(**ولا يضمن وكيل**) في (**الإيداع إذا**) أودع و(**لم يشهد**) وأنكر المودع لعدم الفائدة في الإشهاد(٤)؛ لأنّ المودع يقبل قوله في الرد والتلف(٥).

وأما الوكيل في قضاء الدين إذا كان بغير حضور الموكل ولم يشهد ضمن(٦) إذا أنكر رب الدين(٧)، وتقدم في الضمان(٨).

❊ ❊ ❊

---

(١) أي الذي من جهة زيد، أو على زيد مثلاً.

(٢) فشمل القبض من الوارث. (كشاف القناع ٣/ ٤٨٣).

(٣) في كشاف القناع ٣/ ٤٨٣: «لتقييد الوكالة بزمن معين؛ لأنه قد يختص غرضه في زمن حاجته» ما لم تكن قرينة.

(٤) على الوديع، ولعل المراد: ما لم ينكر الورثة.

(٥) فلا يعد مفرطًا.

(٦) إذا لم يؤذن له في القضاء بغير إشهاد، وإن قضاه بحضرة الموكل لم يضمن؛ لأن حضوره قرينة رضاه بالدفع بغير بينة. (حاشية ابن قاسم ٥/ ٢٣٢).

(٧) سواء صدقه الموكل في القضاء أو كذبه؛ لأنه إنما أذن في قضاء مبرئ ولم يوجد.

(٨) سبقة قلم، بل تقدم الكلام على قضاء العدل في باب الرهن في الفصل الذي بعد الباب. (حاشية العنقري ٢/ ٢٥٥).

---

[١] في/ ظ بلفظ: (ورثته).

فصل

وَالوَكِيلُ أَمِينٌ لاَ يَضْمَنُ مَا تَلَفَ بِيدِهِ بِلا تَفْرِيطٍ

فصل(١)

(**والوكيل أمين لا يضمن ما تلف بيده بلا تفريط**)(٢)؛ لأنه نائب المالك في اليد والتصرف، فالهلاك[١] في يده كالهلاك في يد المالك(٣)،

---

(١) أي فيما يلزم الوكيل ضمانه وما لا يلزمه، وما يقبل قوله فيه، وغير ذلك.

(٢) وهذا باتفاق الأئمة الأربعة؛ لما علل به المؤلف، ولأن عقد الوكالة عقد إرفاق ومعونة، والضمان المطلق مناف لذلك.

ولأن يد الوكيل يد نيابة عن الموكل فهو بمنزلة الوديع، فيضمن بما يضمن في الودائع، ويبرأ بما يبرأ فيها، والوديع لا يضمن إلا بتعد أو تفريط.

(بدائع الصنائع ٦/ ٣٤، والتفريع ٢/ ٣١٦، والمهذب ١/ ٣٦٤، ومغني المحتاج ٢/ ٢٣٠، والمبدع ٤/ ٣١٨، والإنصاف ٥/ ٣٩٦).

قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص (١٤٠): «ولو عزل قبل علمه بالعزل، وقلنا: ينعزل؛ لعدم تفريطه».

وفي الإنصاف مع الشرح ١٣/ ٥٣٨: «قال القاضي: إلا أن يدعي تلفًا بأمر ظاهر كالحريق والنهب ونحوهما فعليه إقامة البينة، ثم يكون القول قوله في تلفها»، ويأتي في كلام الشارح قريبًا.

(٣) وفي كشاف القناع ٣/ ٤٨٥: «وكذا أي كالوكيل في ذلك كل من كان بيده شيء لغيره على سبيل الأمانة كالأب، والوصي، وأمين الحاكم، والشريك، والمضارب، والمرتهن، والمستأجر، والمودَع يقبل قولهم في التلف وعدم =

---

[١] في/ ش بلفظ: (الهلاك).

وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي نَفْيِهِ والهَلاكِ مَعَ يَمِينِهِ

[ولو][١] بجعل(١)، فإن فرط أو تعدى(٢) أو طلب منه المال فامتنع من دفعه لغير عذر ضمن(٣).

(ويقبل قوله) أي الوكيل (في نفيه) أي نفي التفريط ونحوه(٤)، (و) في (الهلاك مع يمينه) لأن الأصل براءة ذمته(٥)، لكن إن ادعى التلف بأمر ظاهر كحريق عام ونهب جيش كلف إقامة البينة عليه(٦)، ثم يقبل قوله

= التفريط والتعدي» اهـ. لأنه لو كلف الضمان مع عذر لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع دعاء الحاجة إليها.

(١) أي ولو كان الوكيل المدعي للتلف ونحوه بجعل، بخلاف ادعاء الرد، ويأتي، واستحقاق الجعل للوكيل يكون بالشرط اللفظي والعرفي.

(٢) والتفريط: ترك ما يجب، مثل: أن يترك حفظ السلعة في حرز مثلها.
والتعدي: فعل ما لا يجوز: مثل أن يستعمل السلعة.

(٣) فإن كان لعذر بأن لم يمكنه الرد حينئذ لحبس ونحوه فلا ضمان عليه.

(٤) كالتعدي.

(٥) فلا يكلف إقامة البينة؛ لأنه مما تتعذر إقامة البينة عليه.

قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص (١٤١): «الوكيل في الضبط مثل من وكل رجلاً ماله وما عليه كأهل الديوان قوله أولى بالقبول من وكيل التصرف؛ لأنه مؤتمن على نفس الإخبار بماله وبما عليه، ونظيره إقرار كتاب الأموال وكتاب السلطان بما على بيت المال وسائر أهل الديوان بما على جهاتهم من الحقوق من ناظر الوقف وعامل الصدقة والخراج ونحو ذلك، فإن هؤلاء لايخرجون عن وكالة أو ولاية».

(٦) وهذا استدراك من قول الماتن: «قبل قوله»؛ لأن وجود الأمر الظاهر مما لا يخفى فلا يتعذر إقامة البينة عليه.

---

[١] ساقط من/ ش.

. . . .

فيه(١).

وإن وكله في شراء شيء فاشتراه واختلفا في قدر ثمنه، قُبِلَ [قول][١] الوكيل(٢)، وإن اختلفا في رد العين أو ثمنها إلى الموكل فقول وكيل متطوع(٣)، وإن كان بجعل فقول موكل(٤).

---

(١) أي في أن العين تلفت في ذلك الأمر الظاهر الذي أقام به البينة.

(٢) في كشاف القناع ٣/ ٤٨٥: «لأنه أمين وأدرى بما عقد عليه».

(٣) في كشاف القناع ٣/ ٤٨٥: «لأنه قبض المال لنفع مالكه فقط فقبل قوله فيه كالوصي والمودع المتبرع وكذا وصي وعامل وقف وناظره إذا كانوا متبرعين فالقول قولهم بيمينهم».

وفي الإنصاف مع الشرح ١٣/ ٥٤١: «وقيل: لا يقبل قوله ـ أي الموكل ـ إلا ببينة»، وعلى هذا فيكون القول قول الوكيل مع يمينه لما يأتي من قوله ﷺ: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر».

(٤) وفي الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ٥٤١: «وإن كان بجعل فعلى وجهين. . . أحدهما: يقبل قوله مع يمينه كالوصي نص عليه، وهو المذهب، وصححه في التصحيح وجزم به في العمدة.

والوجه الثاني: لا يقبل قوله إلا ببينة، اختاره ابن حامد وابن أبي موسى والقاضي في المجرد وابن عقيل».

وفي الشرح الكبير. «وإن كان بجعل ففيه وجهان: أحدهما: أن القول قوله ـ أي الوكيل ـ كالأول ـ أي إذا كان بغير جعل ـ.

والثاني: لا يقبل قوله؛ لأنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير، وسواء اختلفا في رد العين أو ثمنها» اهـ.

ولقوله ﷺ: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر». والوكيل قد أقر بوصول المال، وأنكر الموكل، فالقول قوله بيمينه؛ لأن الأصل عدم الوصول.

---

[١] ساقط من/ ش.

. . . .

وإذا قبض الوكيل الثمن حيث جاز[١] فهو أمانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه[٢] ولا يضمنه بتأخيره[٣]، ويقبل قول الوكيل فيما وكل فيه[٤]،

---

(١) بأن أذن له الموكل أو دلت القرينة، وتقدم خلاف أهل العلم في قبض الوكيل للثمن.

(٢) كالوديعة.

(٣) في كشاف القناع ٣/ ٤٨٧: «فإن أخر الوكيل رده أي الثمن بعد طلبه مع إمكانه أي الرد، فتلف الثمن ضمنه الوكيل لتعديه بإمساكه بعد الطلب، وإن تلف قبل التمكن من رده لم يضمنه لأنه لا يعد مفرطًا، وإن طلب الموكل الثمن ووعده الوكيل رده، ثم ادعى الوكيل أني كنت رددته قبل طلبه أو تلف قبل طلبه لم يقبل قوله؛ لأنه رجوع عن إقرار بحق آدمي فلم يقبل ولو كان ببينة أقامها الوكيل؛ لأن وعده برده يتضمن تكذيبها، وإن صدقه الموكل برئ؛ لاعتراف رب الحق ببراءته، وإن لم يعده يرده لكن منعه الوكيل أو مطله بالثمن مع إمكانه ثم ادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله؛ لأنه صار كالغاصب، إلا أن يدعي الوكيل ذلك ببينة فيعمل ببينته، وإن أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت القبض ببينة، أو اعتراف، فادعى الوكيل الرد أو التلف لم يقبل ولو أقام بالرد أو التلف بينة؛ لأنه كذبها بإنكار القبض، فإن كان جحوده بقوله: إنك لا تستحق عليَّ شيئًا، أو بقوله: ما لك عندي شيء أو نحوه مما ليس بصريح في إنكار القبض ابتداء سمع قوله في دعوى التلف أو الرد، إلا أن يدعي الوكيل رده أو تلفه بعد قوله ما لك عندي شيء فلا يسمع قوله، لكن في مسألة التلف يقبل قوله بيمينه بالنسبة لغرم البدل».

(٤) من بيع أو إجارة، أو قبض الثمن، أو تلفه ونحو ذلك.

وهذا هو المذهب؛ لأن الوكيل أمين في التصرف فكان القول قوله في صفة التصرف.

. . . .

وَمَن ادَّعَىٰ وَكَالَةَ زَيدٍ فِي قَبْضِ حَقِهِ مِن عَمْرٍو لَمْ يَلْزَمْهُ دَفْعُهُ إِنْ صَدَّقَهُ وَلا اليَمِينُ إِنْ كَذَّبَهُ

(**ومن ادعى وكالة زيد في قبض حقه من عمرو**) بلا بينة (**لم يلزمه**[١]) [أي][٢] عمرًا (**دفعه إن صدقه**)(١) [٣ لجواز أن ينكر زيد الوكالة فيستحق الرجوع عليه(٢)، (**ولا**) يلزمه (**اليمين إن كذبه**)(٣) ٣]؛ لأنه لا يقضى[٤] عليه بالنكول فلا فائدة في لزوم تحليفه(٤).

= وعند جمهور أهل العلم: أن القول قول الموكل؛ لأن الأمر مستفاد من جهته فكان المعتبر قوله.

وعن الإمام مالك: إن أدركت السلعة فلم تفت فالقول قول الموكل، وإن فاتت فالقول قول الوكيل؛ لأن السلعة إذا فاتت لزم الوكيل الضمان والأصل عدمه.

(المبسوط ١٩/ ٤٧، والمدونة ٩/ ٢٥٥، وبلغة السالك ٢/ ١٧٨، ونهاية المحتاج ٥/ ٥٩، وكشاف القناع ٣/ ٤٩٠).

(١) وكذا لو ادعى أنه وصي أو أحيل عليه، ويأتي في كلام الشارح.

(٢) أي على عمرو؛ لأن تسليمه لا يبرئه إلا أن تقوم به بينة، فيلزمه التسليم لزوال التبعة.

(٣) أي كذب المدين أو الوديع مدعي الوكالة. (كشاف القناع ٣/ ٤٩٠).

(٤) أى تحليف عمرو؛ إذ لا يلزمه الدفع ولو صدقه إلا ببينة سواء كان الحق دينًا أو وديعة أو غيرهما.

---

[١] في/ ف، س، م بلفظ: (يلزم).

[٢] ساقط من / ف.

[٣-٣] ساقط من/ ف.

[٤] في/ س، ز بلفظ: (لأنه لا يقتضي)، وفي/ ف بلفظ: (لأنه يقتضي).

فَإِنْ دَفَعَهُ فَأَنْكَرَ زَيدٌ الوِكَالةَ حَلَفَ وضَمَنَهُ عَمْروٌ، وَإِنْ كَانَ المَدْفُوعُ وَديعَةً أَخَذَهَا

(**فإن دفعه**) عمرو (**فأنكر زيد الوكالة حلف**)(١)؛ لاحتمال صدق الوكيل فيها (**وضمنه عمرو**) فيرجع عليه زيد لبقاء حقه في ذمته.

ويرجع عمرو على الوكيل مع بقاء ما قبضه(٢) أو تعديه(٣)، لا إن[١] صدقه وتلف بيده بلا تفريط(٤).

(**وإن كان المدفوع**) لمدعي الوكالة بغير بينة (**وديعة أخذها**) حيث

---

(١) في كشاف القناع ٣/ ٤٩٠: «فإن دفع المدين أو الوديع إليه أي إلى مدعي الوكالة فأنكر صاحب الحق الوكالة حلف صاحب الحق أنه لم يوكله لأن الأصل عدمه ورجع صاحب الحق على الدافع وحده بدينه إن كان دينًا؛ لأن حقه في ذمته، ولم يبرأ بتسليمه إلى غير وكيله ويرجع على الوكيل بما دفع له مع بقائه أو تعديه في تلف أو تفريطه حتى تلف لاستقراره عليه بالتعدي وإن لم يتعد الوكيل فيما قبضه مع تلفه بيد الوكيل لم يرجع الدافع على الوكيل حيث صدقه على دعوى الوكالة...».

(٢) صدقه أو لا، فرط أو لم يفرط.

(٣) أي ويرجع عمرو على الوكيل ببدل حقه مع تعديه أو تفريطه في التلف؛ لأنه بمنزلة الغاصب.

(٤) في كشاف القناع ٣/ ٤٩١: «وإن لم يتعد الوكيل فيما قبضه مع تلفه بيد الوكيل لم يرجع الدافع على الوكيل حيث صدقه على دعوى الوكالة؛ لأنه يدعي أن ما أخذه المالك ظلم ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره، وإن كان الدفع بغير تصديق رجع مطلقًا».

---

[١] في/ س بلفظ: (لأن).

فَإِنْ تَلَفَتْ ضَمَنَ أَيَّهُمَا شَاءَ.

وجدها(١) لأنها عين حقه(٢)، **(فإن تلفت**[١] **ضمن أيهما شاء)**(٣)؛ لأن الدافع ضمنها بالدفع والقابض ما لا يستحقه، فإن ضمن الدافع لم يرجع على القابض إن صدقه، وإن ضمن القابض لم يرجع على الدافع(٤)، وكدعوى[٢] الوكالة دعوى[٣] الحوالة والوصية(٥).

وإن ادعى أنه مات وأنا وارثه لزمه الدفع[٤] إليه مع التصديق(٦) واليمين

(١) أي وجد العين ربها بيد القابض أو غيره، وكذا عارية ومغصوب ونحو ذلك.

(٢) أي عين حق زيد دفعه عمرو إلى غير مستحقه.

(٣) حيث دفعها بغير إذن شرعي.

(٤) وفي كشاف القناع ٣/ ٤٩١: «وإن ضمن رب الوديعة الوكيل لم يرجع على الدافع وإن صدقه لاعتراف الوكيل ببراءته وأن رب الحق ظلمه فلا يرجع بظلمه على غير من ظلمه، لكن إن كان الوكيل تعدى فيها أي الوديعة أو فرط استقر الضمان عليه، ولو كان الدافع صدقه فإن ضمن رب الوديعة الوكيل لم يرجع على أحد بما غرمه، وإن ضمن رب الوديعة الدافع رجع الدافع على الوكيل».

(٥) في كشاف القناع ٣/ ٤٩٤: «فإن صدقه لم يلزمه الدفع إليه، وإن كذبه لم يستحلف إلى أن قال: وإن دفع المدعى عليه الحوالة للمدعي ما ادعاه بلا إثباتها ثم أنكرها رب الحق رجع على الغريم وهو على القابض مطلقًا صدقه أو لا؛ لأنه قبضه على أنه مضمون عليه».

(٦) في حاشية العنقري ٢/ ٢٥٩: «أي مع تصديق مدعي الإرث لإقراره له بالحق، وأنه يبرأ بالدفع له أشبه المورث».

---

[١] في/ ف بلفظ: (فأتلفت).

[٢] في/ س بلفظ: (وكذا).

[٣] في/ س بلفظ: (ودعوى).

[٤] في/ س بلفظ: (الرافع).

. . . .

مع الإنكار على نفي العلم[1].

* * *

(١) في حاشية العنقري ٢/ ٢٥٩ : «أي يلزم اليمين من عليه الحق مع إنكاره موت رب الحق أو إنكاره أن الطالب وارثه؛ لأن من لزمه الدفع مع الإقرار لزمه اليمين مع الإنكار ويحلف أنه لا يعلم صحة دعواه ونحوه.

خاتمة:

ومن أخبر بوكالة فظن صدق مخبره تصرف اعتماداً على غلبة ظنه، وإذا تصرف وأنكر المخبر عنه ضمن الوكيل ما فاته بتصرفه إن لم تثبت وكالته لتبين أنه تصرف بغير حق» اهـ.

* * *

. . . .

بَابُ الشَّرِكَةِ

بابُ الشَّركَةِ

وَهِيَ اجْتِمَاعٌ فِي اسْتِحْقَاقٍ

(باب الشركة)[١]

الشركة[٢] بوزن سَرِقَة ونِعْمة وتَمْرة[٣]. **(وهـي)** نوعان: شركة

---

(١) الشركة جائزة بالكتاب، كما في قوله ـ تعالى ـ: ﴿ **وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ** ﴾، ومن السنة ما رواه ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ «عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع» متفق عليه. والمُساقاة والمزارعة نوع شركة.

وعن أبي المنهال روى أن زيد بن أرقم، والبراء بن عازب كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ النبي ﷺ فأمرهما: ما كان يداً بيد؛ فخذوه، وما كان نسيئة؛ فردوه. رواه البخاري.

ولأن الإنسان قد يملك المال، لكن لا يستطيع أن يستقل بالتصرف، وقد يملك التصرف، لكن لا يملك المال.

مسألة: تكره مشاركة مَنْ في ماله حرام وحلال يُجهل، وكذا إجابة دعوته.... وتقوى الكراهة وتضعف بحسب كثرة الحرام وقلته. (كشاف القناع ٥/٤٩٦).

(٢) في المطلع (ص ٢٦٠): «قال ابن القطاع: يقال: شركْتُك في الأمر أشركتك شِركاً وشِركة،وحكى: بوزن نِعْمة وسَرِقة،وحكي مكي لغة ثالثة: شَرْكة بوزن تَمْرة، وحكى ابن سيده: شركته في الأمر، وأشركته...».
ومعناها لغة: الاختلاط. ينظر «لسان العرب»: (٢/٣٣٣).

(٣) بفتح وكسر، وبكسر وسكون، وبفتح وسكون.

....

أَوْ تَصَرُّفٍ وَهِيَ أَنْوَاعٌ فَشَرِكَةُ عِنَانٍ

أملاك(١)، وهي: (**اجتماع في استحقاق**)(٢) كثبوت الملك في عقار(٣) أو منفعة[١] لاثنين فأكثر(٤)، (**أو**) شركة عقود(٥) وهي اجتماع في (**تصرف**) من بيع ونحوه(٦). (**وهي**) أي: شركة العقود وهي - المقصودة هنا(٧) - (**أنواع**) خمسة:

---

(١) وهذا النوع الأول من نوعي الشركة، وهي: شركة الأملاك.

(٢) أي: شركة الأملاك: اجتماع اثنين فأكثر في استحقاق ماليٍّ بشراء، أو هبة، أو إرث، أو غير ذلك، وكل واحد في نصيب شريكه؛ كالأجنبي، لا يجوز له التصرف إلا بإذنه.

(٣) كدارٍ بين اثنين فأكثر؛ بشراء أو إرث، ونحو ذلك.

(٤) كما لو استأجر اثنان داراً، أو وصيٌّ لهم بمنفعة عين؛ فهم شركاء في المنفعة دون العين.

(٥) وهذا هو القسم الثاني من أقسام الشركة، وهي شركة العقود.

(٦) كعمل وغيره، مما سيأتي موضحاً.

(٧) ومن تعاريف الحنفية كما في «مجمع الأنهر: ٢ / ٧١٤»: (عبارة عن العقد بين المتشاركين في الأصل والربح).

ومن تعاريف المالكية كما في «مختصر خليل مع مواهب الجليل: ٥ / ١١٧»: (إذن كلٍّ واحد من الشريكين لصاحبه في التصرف في بدنه أو ماله، لهما مع تصرفهما أنفسهما أيضاً).

ومن تعاريف الشافعية كما في «نهاية المحتاج: ٥ / ٢»: (عقد يقتضي ثبوت الحق شائعاً لاثنين فأكثر).

---

[١] في س، هـ. بلفظ منفعته.

....

فأحدها: (**شركة عنان**)(١) سميت بذلك لتساوي الشريكين في المال والتصرف كالفارسين إذا [سَوَّيا][١] بين فرسيهما، وتساويا في

---

(١) العنانُ في اللغة: من عَنَّ يعنُّ، إذا ظهر أمامك، وذلك لظهور مال كلٍّ من الشريكين لصاحبه، أو لأنها أظهر أنواع الشركة.
وقيل: العنانُ: سيرُ اللِّجام الذي تمسك به الدابة، سمِّيَ به لاعتراض سَيْرَيْهِ على صفحتي عنق الدابة من اليمين والشمال، فالشريكان مستويان في ولاية الفسخ والتصرف واستحقاق الربح، كاستواء طرفي العنان.
وقيل: سميت عناناً؛ لأنها مشتقة من المعانة وهي المعارضة؛ لمعارضة كل واحد منهما صاحبه بمالٍ مثل مال صاحبه، وعمله فيه مثل عمل صاحبه بيعاً وشراء، أو لأن كل واحد منهما يمنع الآخر من التصرف، كما يمنع العنان الدابة. «لسان العرب»: (١٣ / ٢٩٢)، و «تاج العروس»: (٩ / ٢٨١)، و «المعجم الوسيط»: (٢ / ٦٣٣).
وشركة العنان جائزة بالإجماع، قال ابن المنذر في «الإجماع: ص ١٢٢»: (وأجمعوا على أن الشركة الصحيحة: أن يُخرج كل واحد من الشريكين مالاً مثل مال صاحبه، دنانير أو دراهم، ثم يخلط ذلك حتى يصير مالاً واحداً، لا يتميز على أن يبيعا ويشتريا ما رأيا من التجارات، على أن ما كان فيه من فضل فلهما، وما كان من نقص فعليهما، فإذا فعلا ذلك؛ صحت الشركة).
وقال ابن رشد في «بداية المجتهد: ٢ / ٢٥١»: (واحدة متفق عليها، وهي: شركة العنان)، وأما قول ابن القاسم: إنه لا يعرف شركة العنان =

---

[١] في / ف بلفظ: (استويا).

أَنْ يَشْتَرِكَ بَدَنَانِ

السير. وهي (**أن يشترك بدنان**)[١] [أي شخصان فأكثر(١) مسلمين أو أحدهما، ولا تكره مشاركة كتابيٍّ لا يلي التصرف(٢)][١](٣)

= عن مالك، وأنه لم يرَ أحداً من أهل الحجاز يعرفها؛ فالمراد أنه لم يعرف استعمال هذا اللفظ ببلدهم.

(١) ويشترط فيهما أن يكونا جائزي التصرف؛ لأنها عقد على تصرف في مال؛ فلم تصح من غير جائز التصرف كالبيع. «كشاف القناع»: (٣/٤٩٦).

(٢) جمهور أهل العلم: أن المسلم له مشاركة الذميٍّ.
لكن عند المالكية: لا ينفرد الذمي ببيع ولا شراء، ولا قضاء ولا اقتضاء إلا بحضرة المسلم وعند الشافعية: تكره مشاركة الكافر.
ودليل جواز مشاركة الذمي: أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بنصف ما يخرج منها على أن يعملوها بأموالهم وأنفسهم، وابتاع رسول الله ﷺ من يهوديٍّ طعاماً، ورهنه درعه.
ودليل من قال بالكراهة: ورود ذلك عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ ولأن مال الذمي ليس طيباً لبيعهم الخمر، وتعاملهم بالربا.
وعند الحنفية: تجوز مشاركة الذمي إلا في شركة المفاوضة؛ لأن مبنى المفاوضة على المساواة، ولا مساواة بين المسلم والذمي في التصرف، ولا محل التصرف.
(البحر الرائق: ٥/١٨٣، ومواهب الجليل: ٥/١١٨، وتكملة المجموع: ١٣/٥٠٧، والمغني: ٧/١٠٩، والمحلى: ٨/٥٤٧).

(٣) فإن كان بحضرة مسلم لا يكره على المذهب؛ لأن علة الكراهة خشية =

[١-١] ما بين المعقوفين ساقط من / س.

بِمَالَيْهِمَا الـمَعْلُومِ، وَلَوْ مُتَفَاوِتاً،

(بماليهما[١] المعلوم)(١) كل منهما الحاضرين(٢)، (ولو) كان ما[٢] لكل[٣] (متفاوتاً)(٣) بأن [لم][٤] يتساو المالان قدراً أو جنساً أو

= تعامله بالربا، وهذا منتف بحضرة المسلم. (كشاف القناع: ٣/٤٩٦).

وفي كشاف القناع (٣/٤٩٦): «وتُكره مشاركة مجوسي ووثني ومن في معناه، ممن يعبد غير الله تعالى، وظاهره: ولو كان المسلم يلي التصرف، قال أحمد في المجوسي: ما أحب مخالطته ومعاملته؛ لأنه يستحل ما لا يستحل هذا) ا.هـ.

(١) إذ المجهول لا يمكن الرجوع إليه بعد فسخ الشركة.

(٢) فلا تصح على غائب، أو في الذمة، فيعتبر حضور ماليهما لتقرير العمل؛ وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأن المال الذي بيد من عليه الدين له، وإنما يصير لغريمه بقبضه ولم يوجد القبض ههنا. (المصادر السابقة).

وقال ابن القيم ـ كما في (إعلام الموقعين: ٣/٣٥٠)ـ: «تجوز المضاربة بالدَّيْن، وهو الراجح في الدليل، وليس في الأدلة الشرعية ما يمنع من جوازه، ولا يقتضي تجويزه مخالفة قاعدة من قواعد الشرع، ولا وقوعاً في محظور، ولا غرر ولا مفسدة، وتجويزه من محاسن الشريعة».

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم،؛لأنهما مالان من جنس =

---

[١] في / م ، ف. بلفظ: (بمالهما).

[٢] في / ظ، وبعض المطبوعات بلفظ: (مال كل).

[٣] في بعض المطبوعات بزيادة لفظ: (منهما).

[٤] ساقط من / م ، ف.

لِيَعْمَلاَ فِيهِ بِبَدَنَيْهِمَا

صفة(١)، (ليعملا [فيه][١] ببدنيهما) أو يعمل فيه أحدهما، ويكون له من الربح أكثر من ربح ماله(٢)، فإن كان بدونه؛ لم يصح(٤) وبقدره

= الأثمان، فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا.
وعند بعض الشافعية: عدم الجواز؛ لأن صاحب المال القليل إن أخذ نصف الربح؛ أخذ ربح مال لا يملكه، وإن أخذ بقدر ماله أخذ شريكه بعض الربح الحاصل لعمله؛ لاستوائهما في العمل.
(بدائع الصنائع: ٦ / ٥٩، والشرح الصغير: ٣ / ٤٥٩، وشرح روض الطالب: ٢ / ٢٥٣، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤ / ٢٣).

(١) كما لو كان مع أحدهما دنانير، والآخر دراهم، وعند التراجع يرجعان بما أخرجاه، والباقي ربح، خلافاً للشافعي، لاشتراطه خلط المالين (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤ / ٢٢).

(٢) ليكون الجزء الزائد في نظير عمله في مال الشركة.

(٣) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤ / ١٠): «فإن اشتركا على أن العمل مع أحدهما في المالين؛ صح، ويكون عناناً ومضاربة ....
وقال الزركشي: هذه الشركة تجمع شركة ومضاربة، فمن حيث إن كلاً منهما يجمع المال؛ تشبه شركة العنان، ومن حيث إن أحدهما يعمل في مال صاحبه في جزء من الربح؛ هي مضاربة (ا.هـ) وهي شركة عنان على الصحيح من المذهب، وقيل: شركة مضاربة، فإن شرط له ربحاً قَدْر ماله؛ فهو إبضاع، وإن شرط له ربحاً أقل من ماله؛ لم يصح، على الصحيح من المذهب.
وفي وجه آخر، وهو ظاهر كلام الخرقي، وذكره القاضي».

[١] ساقط من / ف.

فَيَنْفُذَ تَصَرُّفُ كُلٍّ منْهُمَا فيهِمَا بِحُكْمِ المُلْكِ فِي نَصِيبِه، وبالوَكَالَةِ فِي نَصِيبِ شَرِيكِه، وَيُشْتَرَطُ: أَنْ يَكُونَ رَأْسُ المَالِ مِنَ النَّقْدَيْنِ المَضْرُوبَيْنِ

إبضاع(١)، وإن اشتركا في مختلط بينهما شائعاً(٢) صح إن علما قدر ما لكل منهما(٣)، (**فينفذ تصرف كل منهما فيهما**) أي: في المالين (**بحكم الملك في نصيبه**) وبحكم[١] (**الوكالة في نصيب شريكه**)(٤)، ويغني لفظ الشركة عن إذن صريح في التصرف، ويشترط لشركة العنان. والمضاربة (**أن يكون رأس المال من النقدين**(٥) **المضروبين**)(٦) لأنهما[٢] قيم الأموال وأثمان البياعات، فلا تصح بعروض(٧) ولا فلوس ولو

---

(١) الإبضاع: أن يعطي من يبيع له بلا عوض. (المقنع مع الشرح الكبير ١٤/٥٧).

(٢) كما لو ورثاه، أو اتهباه.

(٣) عن نصف، أو ربع، ونحو ذلك لانتفاء الغرر.

(٤) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤/١١): «بلا نزاع».

(٥) الذهب والفضة، وكون رأس مال الشركة من الذهب والفضة تصح معه الشركة بالاتفاق.

(٦) أي: ما ضربه الإمام من الدراهم والدنانير التي يتعامل بها الناس. (ينظر الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص١٧٩).

(٧) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية والظاهرية؛ لأن رأس مال الشركة في العروض هو قيمتها وهي مجهولة؛ إذ لا تعرف إلا بالحزر والظن فيؤدي ذلك إلى جهالة الربح مما يؤدي إلى النزاع والشقاق.

وعند المالكية، وبه قال الأوزاعي، وابن أبي ليلى، ورواية عن الإمام =

---

[١] في / س بلفظ: (يحكم).

[٢] في / ط، م، ف بلفظ (لأنها).

وَلَوْ مَغْشُوشَيْنِ يَسِيراً،

نافقة[١]، وتصح بالنقدين **(ولو مغشوشين يسيراً)** كحبة فضة في

= أحمد: يصح أن يكون رأس مال الشركة من العروض؛ لأن مقصود الشركة هو التصرف في المالين وكون الربح بينهما، وهذا يحصل في العروض، ولأن رأس المال في الشركة معلوم وهو قيمة العروض فكانت كالنقود.

وعند الشافعية: إن كانت العروض مثلية؛ كالحبوب والأدهان، صح أن تكون رأس مال للشركة، وإن كانت قيمية لم يصح؛ لأن المثلي إذا اختلط بجنسه؛ ارتفع معه التمييز فأشبه الأثمان، وأما القيمي؛ فقد تزيد قيمة أحدهما على الآخر، فيستوعب جميع الربح.

(بدائع الصنائع: ٦/٥٩، والشرح الصغير: ٣/٤٥٩)، وشرح روض الطالب: ٢/٢٥٣، والمغني: ٧/١٢٥، ومطالب أولي النهي: ٣/٤٩٩).

والأقرب: قول المالكية، إذ الأصل في المعاملات الحل، وما علل به المخالفون غير مسلم؛ للعلم بقيمة العروض.

(١) وهذا هو المذهب بناء على أنها عروض.

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٤/١٦): «ولا تصح الشركة بالفلوس، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك.

ويتخرج الجواز إذا كانت نافقة؛ فإن أحمد قال: لا أرى السلم في الفلوس؛ لأنه يشبه الصرف. هذا قول محمد بن الحسن وأبي ثور؛ لأنهما ثمن، فأشبهت الدراهم والدنانير.

وفيه وجه آخر: أن الشركة تجوز بها على كل حال، وإن لم تكن نافقة، =

وَأَنْ يَشْتَرِطَا لِكُلٍّ مِنْهُمَا جُزْءاً مِنَ الرِّبْحِ مُشَاعاً مَعْلُوماً ،

دينار، ذكره[١] في «المغني»(١) و «الشرح»(٢) لأنه لا يمكن التحرز منه، فإن كان الغش كثيراً لم يصح لعدم انضباطه. (و) يشترط أيضاً (**أن يشترطا لكل منهما جزءاً من الربح مشاعاً معلوماً**) كالثلث والربع(٣)؛

= بناء على جواز الشركة بالعروض ... فإذا قلنا بصحة الشركة بها؛ فإنها إن كانت نافقة، كان رأس المال مثلها، وإن كانت كاسدة، كانت قيمتها كالعروض».

(١) «المغني»: (١٢٥/٧).

(٢) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٤/١٤): «اختلف أصحابنا في الشركة بالمغشوش من الأثمان على وجهين:

أحدهما: لا تصح، قلَّ الغش أو كثر، وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: إن كان الغش أقل من النصف؛ جاز، وإن كثر؛ لم يجز؛ لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول.

ولنا: أنها مغشوشة أشبه ما لو كان الغش أكثر .... اللهم إلا أن يكون الغش قليلاً لمصلحة النقد كيسير الفضة في الدينار؛ كالحبة ونحوها فلا اعتبار به؛ لأنه لا يمكن التحرز منه، ولا يؤثر في رباً ولا غيره.

والثاني: أن الشركة تصح بها بناء على صحة الشركة في العروض».

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب أبي حنيفة؛ لما علل به المؤلف.

ولأن العمل يستحق به الربح بدليل المضاربة، وقد يتفاضلان فيه لقوة أحدهما وحذقه، فجاز أن يجعل له حظاً من الربح، كالمضارب.

وعند المالكية، والشافعية: يكون الربح على مقدار رأس المال؛ لأن الربح في هذه الشركة تبع للمال، فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضيعة.

ونوقش: بأن الوضيعة لا تتعلق إلا بالمال، بخلاف الربح؛ فإنه يتعلق=

---

[١] في / س بلفظ: (وذكره).

فَإِنْ لَمْ يُذْكَرِ الرِّبْحُ، أَوْ شَرَطَا لأَحَدِهِمَا جُزْءاً مَجْهُولاً،

لأن الربح[١] مستحق لهما[٢] بحسب[٣] الاشتراط، فلم يكن بد من اشتراطه كالمضاربة، فإن قالا: والربح بيننا؛ فهو بينهما نصفين(١)، (**فإن لم يذكر الربح**) لم تصح(٢)؛ لأنه المقصود من الشركة، فلا يجوز الإخلال به. (**أو شرطا لأحدهما جزءاً مجهولاً**) لم تصح(٣)؛ لأن

= بالعمل بدليل المضاربة، وعلى هذا فالأقرب ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة. (بدائع الصنائع: ٦/٥٨، ومواهب الجليل: ٥/١١٨، وروضة الطالبين: ٤/٢٧٥، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤/١٧).

(١) لأن الاضافة إليهما إضافة واحدة من غير ترجيح،فاقتضت المساواة، كقوله: هذه الدار بيني وبينك. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤/١٨).

(٢) فيكون الربح على قدر المالين. (المصدر السابق).

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٤٧): «والربح الحاصل من مال لم يأذن مالكه للتجارة فيه، فقيل: هو للمالك فقط، كنماء الأعيان، وقيل: للعامل فقط؛ لأن عليه الضمان، وقيل: يتصدقان به؛ لأنه ربح خبيث، وقيل: يكون بينهما على قدر النفعين بحسب معرفة أهل الخبرة، وهو أصحها، وبه حكم عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ إلا أن يتجر به على غير وجه العدوان، مثل أن يعتقد أنه مال نفسه، فيتبين له أنه مال غيره فهنا يقتسمان الربح بلا ريب».

ونحوه في إعلام الموقعين: (١/٣٨٦).

(٣) كحصة، أو نصيب، أو مثل ما شرط لفلان مع جهله.

[١] في ر .س بلفظ: الربع. [٢] في / ف بلفظ: (لها).

[٣] في / س بلفظ: (يجد).

أَوْ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً، أَوْ رِبْحَ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ؛ لَمْ تَصِحَّ،

الجهالة تمنع تسليم الواجب(١) (أو) شرطا (**دراهم معلومة**)(٢) لم تصح لاحتمال ألا يربحها أو[١] لا يربح غيرها(٣)، (أو) شرطا (**ربح أحد الثوبين**) أو إحدى[٢] السفرتين، أو ربح تجارة في شهر أو عام بعينه (لم تصح)(٤)؛ لأنه قد يربح في ذلك المعين دون غيره[٣]، أو بالعكس فيختص أحدهما بالربح وهو مخالف لموضوع الشركة،

---

(١) ولأن الربح المقصود في الشركة، فلم يصح مع الجهالة؛ كالثمن والأجرة في الإجارة.

(٢) وفي المغني (١٤٦/٧): «قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا جعل أحدهما أو كلاهما دراهم معلومة، وبه قال مالك، وأبو ثور، والأوزاعي، والشافعي، وأصحاب الرأي».

(٣) وفي المغني (١٤٦/٧): «وإنما لم يصح لأمرين:
أحدهما: أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل ألا يربح غيرها، فيحصل على جميع الربح، واحتمل ألا يربحها فيأخذ من رأس المال.
الثاني: أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر فيما يشترط أن يكون معلوماً به».

(٤) وفي المغني (١٤٦/٧): «ولا نعلم في ذلك خلافاً».

---

[١] في /ف بلفظ: (ولا يربح).

[٢] في / ص، ف، هـ، م بلفظ: (أحد).

[٣] في / م بلفظ: (خيره).

وَكَذَا مُسَاقَاةٌ وَمُزَارَعَةٌ وَمُضَارَبَةٌ، وَالوَضِيعَةُ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ، وَلاَ يُشْتَرَطُ خَلْطُ الْمَالَيْن

(**وكذا مساقاة ومزارعة**[١] **ومضاربة**) فيعتبر فيها تعيين جزء مشاع معلوم للعامل لما تقدم[٢]. (**والوضيعة**) أي: الخسران (**على قدر المال**) بالحساب[٣]، سواء كانت[1] لتلف، أو نقصان في الثمن، أو غير ذلك، (**ولا يشترط خلط المالين**)[٤] لأن القصد الربح، وهو لا يتوقف

---

(١) فلا يصحان إن شرط العامل جزءاً مجهولاً، أو آصعاً معلومة، أو ثمرة شجرة معينة، أو مجهولة، أو زرع ناحية بعينها، ويأتي في باب المساقاة.

(٢) من أنه يشترط للشركة اشتراط ربح مشاع معلوم لكل من الشريكين فكذا هنا، وهو المقصود بها.

(٣) الوضيعة: الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله، فإن كان متساوياً في القدر؛ فالخسران بينهما نصفين، وإن كان أثلاثاً؛ فالوضيعة أثلاثاً. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤/٢٥).
وقال ابن قدامة في المغني (٧/١٤٥): «لا نعلم في ذلك خلافاً، وبه يقول أبو حنيفة، والشافعي، وغيرهما».

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول الجمهور؛ لما علل به المؤلف، ولأن الشركة تشتمل على الوكالة، فما جاز التوكيل فيه؛ جازت الشركة فيه، والتوكيل جائز في المالين قبل الخلط كذا الشركة، ولأن مورد العقد العمل، والربح نتيجته، والمال تبع للعمل فلم يشترط خلطه.
وعند الشافعية والظاهرية: يشترط خلط المالين لصحة الشركة؛ لأن عقد الشركة يستوجب الاشتراك في الربح وهو متوقف على الخلط. =

---

[١] في / س بلفظ: (كان).

وَلا كَوْنُهُمَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ.

على الخلط، (ولا) يشترط ـ أيضاً ـ (**كونهما من جنس واحد**)[١] فيجوز إن أخرج أحدهما / دنانير والآخر دراهم فإذا اقتسما رجع كل بماله ثم اقتسما الفضل[٢]، وما يشتريه كل [١[منهما بعد عقد الشركة؛ فهو بينهما[٣]، وإن تلف أحد المالين]١] فهو من ضمانهما[٤]، ولكل

= ونوقش: بعدم التسليم، بل الربح متوقف على العمل، وعلى هذا: فالأقرب قول الجمهور. (بدائع الصنائع: ٦ / ٦٠، ومواهب الجليل: ٥ / ١٢٥، وشرح المنتهى ٢ / ٣٢٠، وروضة الطالبين: ٤ / ٢٧٧، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤ / ٢٥، والمحلى: ٨ / ٥٤٥).

(١) وهذا هو المذهب؛ وهو قول الحنفية؛ لأنهما من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد.

وعند الشافعية: يشترط الاتحاد في الجنس؛ بناء على اشتراط خلط المالين ولا يمكن إلا في المال الواحد، وتقدم عدم اشتراطه. (المصادر السابقة).

(٢) أي إذا اقتسم الشريكان بعد فسخ الشركة؛ رجع كل منهما بمثل ماله الذي جعله في الشركة ثم اقتسما الفضل، وهو الربح الحاصل بعد رأس مال الشركة.

(٣) حيث لم ينوه لنفسه؛ لأن العقد وقع على ذلك، والقول قوله في ذلك.

(٤) لا يخلو من أمرين:

الأول: أن يكون ذلك بعد خلط المال؛ فمن ضمانهما. قال في الإنصاف مع الشرح(١٤ / ٢٤): «فلا نزاع أنه من ضمانهما».

الثاني: أن يكون ذلك قبل خلط المال، فالمذهب أنه من ضمانهما؛ لأن =

[١-١] ساقط من / م، ف.

. . . .

منهما أن يبيع ويشتري[١] . . . .

= العقد اقتضى أن يكون المالان كالمال الواحد، فكذلك في الضمان كحال الخلطة.

وعند الحنفية: قبل خلط المالين، إن كان بعد الشراء فمن ضمانهما، وإن كان قبل الشراء فمن ضمان صاحبه؛ لأن تمام العقد يكون بالشراء.

وعند المالكية: ما كان قبل الخلط فمن ضمان صاحبه، والخلط: يقصد به الخلط الحسي، أو الحكمي، وذلك أن يكون المالان في حيازة أحد الشريكين. (المصادر السابقة).

والأقرب قول الحنابلة، لما عللوا به، والله أعلم.

(١) نقداً؛ لأن ذلك من عادة التجار.

وعند الحنفية والمالكية: أن الشريك يملك البيع نسيئة بدون إذن الشريك؛ لأن من عادة التجار البيع نقداً ونسيئة.

وعند الشافعية والحنابلة: لابد من إذن الشريك؛ لأن كل واحد من الشريكين وكيل للآخر في نصيبه، فلا يملك إلا ما يملكه الوكيل.

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ إذ الشركة قصد بها الربح بخلاف الوكالة.

(بدائع الصنائع: ٦ /٦٨، والكافي لابن عبدالبر: ٢ /٤٨٧، والشرح الكبير للدردير وحاشيته: ٣ /٣٥٢، وروضة الطالبين: ٤ /٢٨٣، ومغني المحتاج: ٢ /٢١٤، والكافي لابن قدامة: ٢ /٢٦١، والمبدع: ٥ /١٠، والإنصاف: ٥ /٤١٦).

مسألة: عند الحنفية والحنابلة: أن الشريك يملك الشراء نسيئة إذا كان الثمن عنده، ولا يملكه إذا لم يكن الثمن عنده،؛لأنه إذا لم يكن الثمن عنده =

. . . .

. . . .

. . . .

= يكون مستديناً على مال الشركة، ولا يملكه إلا بإذن كالمضارب.

وعند المالكية: أن الشريك يملك الشراء نسيئة مطلقاً؛ لأنه مما يحتاج إليه فلا حاجة إلى الإذن. (المصادر السابقة).

مسألة: ولا يملك الشريك البيع ولا الشراء بغبن فاحش عند جمهور أهل العلم؛ لأن المقصود من الشركة الربح، وهذا لا يحصل بالغبن الفاحش؛ فكان مستثنى من العقد دلالة.

وعند أبي حنيفة: يملك البيع بغبن فاحش؛ لأنه يطلق عليه اسم البيع.

ونوقش: بأن هذا المطلق قُيِّدَ بالعرف، وعلى هذا: فالأقرب قول الجمهور. (المصادر السابقة).

مسألة: عند جمهور أهل العلم ـ وهو المذهب ـ: أن للشريك البيع والشراء بالعرض؛ لأن الشركة انعقدت للربح على عادة التجار، والبيع والشراء من عادتهم.

وعند الشافعية: لا يملكه الشريك إلا بالإذن، قياساً على الوكيل حيث لا يملكه إلا بالإذن، وتقدم بيان الفرق بين الشركة والوكالة، وعلى هذا: فالأقرب قول الجمهور. (المصادر السابقة).

مسألة: عند جمهور أهل العلم ـ وهو المذهب ـ: أن الشريك يملك الإقالة في بيع مال الشركة؛ لأن الإقالة إما أن تكون بيعاً أو فسخاً، فإن كانت بيعاً؛ فالشريك يملكه، وإن كانت فسخاً؛ فهو يملك الفسخ بالرد بالعيب مع المصلحة، وكذلك الإقالة مع المصلحة.

وعن الإمام أحمد: أن الشريك لا يملك الإقالة إلا بالإذن؛ لأن الإقالة فسخ، فلا تدخل في الإذن بالتجارة فلا يملكها الشريك.

. . . .

. . . .

ويقتضي، ويطالب بالدَّيْن[١]، ويخاصم فيه، ويحيل ويحتال[٢]،

ونوقش: بعدم التسليم، كما تقدم في تعليل الجمهور. (المصادر السابقة).

(١) وهل للشريك إقراض مال الشرك؟

جمهور أهل العلم ـ وهو المذهب ـ: لا يملك ذلك إلا بالإذن؛ لأن القرض لا عوض له، فكان تبرعاً، والشريك لا يملكه إلا بالإذن.

وعند المالكية: يملكه عند المصلحة، للمصلحة. (المصادر السابقة).

(٢) وهذا باتفاق الفقهاء: أن الشريك له أن يحيل وأن يحتال؛ لأن الحوالة من أعمال التجارة، والتاجر بحاجة إليها؛ لاختلاف الناس بالملاءة والإفلاس. (المصادر السابقة).

مسألة: عند أبي حنيفة ـ وهو المذهب ـ: أن الشريك يملك الرهن والارتهان عند الحاجة، بلا إذن الشريك؛ لأن الرهن يراد للإبقاء، والارتهان يراد للاستيفاء ولكل من الشريكين الإيفاء والاستيفاء، فيملك ما يراد لهما.

وعند محمد بن الحسن، من الحنفية: أن الشريك يملك الرهن والارتهان في شركة المفاوضة مطلقاً، ويملك ذلك في شركة العنان، إذا تولى البيع والشراء بنفسه، ولا يملكه إذا تولياه جميعاً، أو تولاه الشريك الآخر؛ لأن الرهن إيفاء، وكل واحد من الشريكين لا يملك أن يوفي دين الآخر من ماله إلا بأمره، والارتهان استيفاء، وأحدهما لا يملك استيفاء ثمن ما عقده شريكه لنفسه، فلا يملك ارتهانه. (بدائع الصنائع: ٦ / ٧٠).

ونوقش: بأن هذا مبني على أن حقوق العقد تختص بالعاقد فقط، وهذا غير مسلم ،بل ترجع إلى كل من الشريكين، وعلى هذا فالأقرب القول الأول. (انظر: المغني: ٧ / ١٣١، والمبدع: ٥ / ١١).

. . . .

. . . .

ويرد بالعيب، ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتهما[١]، لا أن يكاتب رقيقاً أو يزوجه أو. . . . .

---

(١) وهل يملك الشريك توكيل غيره؟ جمهور أهل العلم ـ وهو المذهب ـ: أن الشريك لا يملك توكيل غيره على مال الشركة إلا بالإذن، إلا ما يعجز عنه، أو لا يليق به مباشرته؛ لأن الشريك لم يرض بتصرف غير الشريك؛ فلابد من إذنه، ولأنه وكيل على مال الشركة، فلا يملك التوكيل إلا فيما لا يتولاه بنفسه، كالوكيل.

وعند الحنفية: أن الشريك يملك توكيل غيره على مال الشركة مطلقاً؛ لأن الشركة انعقدت للتجارة، والتوكيل من توابعها فيكون مأذوناً فيه.

(بدائع الصنائع: ٦/ ٦٩، الكافي لابن عبدالبر: ٢/ ٧٨٦، والشرح الصغير: ٢/ ١٨٥، وحلية العلماء: ٥/ ١٢٠، وروضة الطالبين: ٤/ ٣١٣، والكافي لابن قدامة: ٢/ ٢٦٠، والمغني: ٧/ ١٣٠، والمبدع: ٥/ ١١).

مسألة: عند جمهور أهل العلم ـ وهو المذهب ـ: أن الشريك لا يملك المشاركة بمال الشركة إلا بإذن شريكه؛ لأن الدخول في مثل هذا العقد يتضمن إيجاب حقوق في المال وذهاب بعض الربح للغير، فلابد من موافقة الشريك الآخر.

وعند المالكية: أن الشريك يملك المشاركة في مال معين من مال الشركة بلا إذن، ولا يملك المشاركة في غير المعين إلا بالإذن؛ لأن المشاركة بمال معين تجارة من التجارات فيملكه الشريك بعقد الشركة. (المصادر السابقة).

مسألة: عند جمهور أهل العلم: أن الشريك لا يملك المضاربة بمال الشركة إلا بإذن شريكه؛ لأن مضاربة الشريك بمال الشركة تؤدي إلى إثبات =

. . . .

. . . .

يعتقه[١] أو يحابي[٢] . . . .

= حقوق في المال فلابد من الإذن.

وعند الحنفية: أن الشريك يملك المضاربة مطلقاً؛ لأن الشريك يملك استئجار من يعمل معه في الشركة فلأن يملك الدفع مضاربة أولى. (المصادر السابقة).

مسألة: باتفاق الفقهاء يملك الشريك الاستئجار للشركة، وإجارة مالها؛ لأن المقصود بالشركة التجارة والربح، والإجارة من التجارة، إذ هي بيع، منافع. (المصادر السابقة).

(١) وهذا قول جمهور أهل العلم: أن الشريك لا يملك تزويج العبد، ولا إعتاقه، ولا مكاتبته خلافاً لبعض الحنابلة؛ لأن الشركة تنعقد على التجارة والاعتاق والتزويج والكتابة ليس من التجارة. (المصادر السابقة).

(٢) فلا يملك الشريك إعارة مال الشركة إلا بالإذن، وهذا قول جمهور أهل العلم، وهو المذهب؛ لأن الإعارة تبرع بمنافع مال الشركة، فلا يملكها إلا بالإذن.

وعند الحنفية: أن الشريك يملك إعارة مال الشركة بلا إذن الشريك؛ لأنها أمر معتاد. (المصادر السابقة).

مسألة: وباتفاق الفقهاء: لا يملك الشريك التبرع من مال الشركة. (المصادر السابقة).

مسألة: عند المالكية والحنابلة: أن الشريك يملك إيداع مال الشركة عند الحاجة بلا إذن؛ لأن الإيداع عند الحاجة من مصلحة الشركة، فلا حاجة إلى الإذن.

وعند الحنفية والشافعية: أن الشريك يملك الإيداع مطلقاً؛ لأن الشريك يملك الاستئجار لحفظ مال الشركة بعوض فيملك الحفظ بلا عوض.

ونوقش: بأنه يملكه مع الحاجة أما مع عدمها؛ فيقتضي حبس المال عن=

. . . .

. . . .

أو يقترض(١) على الشركة إلا بإذن شريكه، . . . .

= الاتجار. (المصادر السابقة).

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية؛ لأن مال الشركة عند الاستدانة يكون أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه، فلا يملكه الشريك كما لو ضم إليها شيئاً من ماله.

وعند بعض الحنابلة: أن الشريك يملك الاستدانة مطلقاً؛ لأن الاستدانة تمليك مال بمال، فيملكها الشريك كالصرف. (المصادر السابقة).

مسألة: المصحح عند الحنابلة: أن للشريك السفر بمال الشركة، مع أمن الطريق، بلا إذن، إذ إن من عادة التجار التجارة سفراً وحضراً.

وعن أبي حنيفة ـ وهو قول المالكية ـ: أن الشريك يملك السفر بمال الشركة مطلقاً؛ للإذن المطلق بالتصرف.

وعن أبي حنيفة ـ وهو قول الشافعية ـ: أن الشريك لا يملك السفر بمال الشركة مطلقاً إلا بإذن؛ لأن السفر فيه خطر، وتغرير بالمال. (المصادر السابقة).

مسألة: مبطلات الشركة: تبطل الشركة عند العلماء بأمور:

١- موت أحد الشركاء، وهذا باتفاق الفقهاء؛ لأن حصته انتقلت بالوراثة إلى وارثه.

٢- الحجر على أحد الشركاء لسفه أو فلس؛ لأن الحجر على الموكل يترتب عليه عزل وكيله، فلا يصير باقي الشركاء وكلاء عنه في التصرف. وتقدم في باب الحجر أن أبا حنيفة لا يرى الحجر.

٣- خروج أحد الشريكين من الشركة بشرط عدم الضرر. =

. . . .

. . . .

وعلى كل منهما أن يتولى ما جرت العادة بتوليه من نشر ثوب، وطيه، [أ] وإحرازه، وقبض النقد، ونحوه، فإن استأجر له؛ فالأجرة عليه.

* * *

= ٤- عزل أحد الشركاء من الشركة لسوء تصرفه، نص عليه الشافعية والحنابلة.
٥- جنون أحد الشريكين جنوناً مطبقاً، ولا يحكم بالبطلان عند الحنفية إلا بمرور ما يصير به الجنون مطبقاً، ويقدره الحنفية بشهر، أو نصف حول.
٦- هلاك مال الشركة.
(بدائع الصنائع: ٦/ ٣٨، ٧٨، وبداية المجتهد: ١/ ٢١١، والشرح الصغير: ٣/ ٣٥٢، وتكملة المجموع الثانية: ١٣/ ٥٣٢، وكشاف القناع: ٣/ ٥٠٦، والمحلى: ٨/ ٢٧٨).

* * *

. . . .

فَصْلٌ

الثَّانِي : المُضَارَبَةُ

فصل (١)

النوع (الثاني: المضاربة) من الضرب في الأرض، وهو السفر

---

(١) في أحكام المضاربة.

وقد دلَّ على جوازها الكتاب، قال ـ تعالى ـ: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]، وقوله ـ تعالى ـ: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠].

والآثار: فعن عبدالله وعبيد الله ابني عمر ـ رضي الله عنهم ـ: «أنهما لقيا أبا موسى الأشعري بالبصرة منصرفهما من غزوة نهاوند، فتسلفا منه مالا، وابتاعا منه متاعاً وقدما به المدينة، فباعاه وربحا فيه، وأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله، فقالا: لو كان تلف كان ضمانه علينا، فكيف لا يكون ربحه لنا؟ فقال رجل: يا أمير المؤمنين؛ لو جعلته قراضاً، فقال: قد جعلته قراضاً، وأخذ منهما نصف الربح». رواه مالك والشافعي، وصححه الحافظ كما في نيل الأوطار (٥ / ٣٠٠).

وعن حكيم بن حزام ـ رضي الله عنه ـ: «أنه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالاً مقارضة: ألا تجعل مالي في كبد رطبة، ولا تحمله في بحر، ولا تنزل به بطن مسيل فإن فعلت شيئاً من ذلك؛ فقد ضمنت مالي» رواه الدارقطني، والبيهقي، وقوى الحافظ إسناده كما في النيل: (٥ / ٣٠٠).

....

. . . .

للتجارة[١]، قال الله ـ تعالى ـ: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾[٢][٣]، وتسمى قراضاً ومعاملة[٤]، وهي[٥] دفع

= وورد العمل بالمقارضة عن عثمان ـ رضي الله عنه ـ كما في الموطأ، وابن مسعود في سنن البيهقي.

وجزم ابن حزم في المحلى (٨/٢٨٦): «بوجود القراض في عهد النبي ﷺ».

والإجماع: قال ابن رشد في بداية المجتهد (٢/٢٣٦): «ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض، وأنه مما كان في الجاهلية وأقره الإسلام».

وكذلك نقل ابن المنذر في الإجماع ص١٢٤، وابن قدامة في المغني (٧/١٣٢)، والشوكاني في النيل: (٥/٣٠٠).

ولأن بالناس حاجة إليها فقد يجد الإنسان الدراهم، لكن لا يحسن العمل، وقد يحسن العمل، لكن لا يجد الدراهم.

قال ابن القيم: «المضارب أمين، وأجير، ووكيل، وشريك، فأمين إذا قبض المال، وشريك إذا ظهر الربح، وأجير فيما يباشره من العمل». (كشاف القناع ٣/٥٠٨).

والمضاربة: من أنواع الشركة الخمسة، وهذه تسمية أهل العراق.

(١) لما كان الربح يحصل ـ في الغالب ـ بالسفر للتجارة.

(٢) سورة المزمل: الآية ٢٠.

(٣) أو من الضرب في المال، وهو التصرف فيه. (انظر: معجم مقاييس اللغة: ٥/٧٢).

(٤) فأهل الحجاز يسمونها: قراضاً من القرض وهو القطع؛ لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله. (معجم متن اللغة: ٣/٥٣٩).

(٥) أي في الشرع.

. . . .

لِمُتَّجِرٍ بِهِ بِبَعْضِ رِبْحِهِ

مال[1] معلوم[2] **(لمتجر)** أي: لمن يتجر **(به ببعض ربحه)** أي: بجزء مشاع معلوم منه، كما تقدم[3]، فلو قال: خذ هذا المال مضاربة، ولم يذكر سهم العامل؛ فالربح كله لرب المال والوضيعة عليه، وللعامل أجرة

---

(١) بما يؤدي معنى الدفع، وهل يشترط في المال أن يكون من الذهب أو الفضة؟ تقدم في أول الشركة.

(٢) خرج المجهول، كصبرة دراهم؛ إذ لابد من الرجوع إلى رأس المال عند الفسخ؛ ليعلم الربح.

(٣) في أول الشركة، وهذا هو المذهب: أن جعل الربح كله للعامل يفسد المضاربة وللعامل أجرة المثل؛ لأنه عمل على عوض لم يسلم له، وإن لم يصرح بلفظ المضاربة، فإنه يكون قرضاً.

وإذا جعل لرب المال؛ فسدت المضاربة، ولا شيء للعامل؛ لأنه عمل متبرعاً، وإن لم يصرح بلفظ المضاربة فإنه يكون إبضاعاً.

وعند الحنفية: اشتراط الربح كله للعامل يخرجه عن المضاربة إلى القرض، واشتراطه كله للمالك يكون إبضاعًا.

وعند المالكية: يجوز أن يشترط الربح كله للمالك ويكون إبضاعاً، وإذا كان للعامل وسمي قراضًا فيأخذ حكم القرض من حيث استحقاق العامل للربح، وحكم القراض، فلا يضمن المال ولا خسارته.

(البحر الرائق: ٧ / ٢٨٧، وحاشية الدسوقي: ٣ / ٦٢٤، وتكملة المجموع: ١٤ / ٢٠٠، وكشاف القناع: ٣ / ٥٠٩).

. . . .

. . . .

مثله[١]، وإن شرط جزءاً من الربح لعبد أحدهما، أو لعبديهما ـ صح وكان لسيده[٢]، وإن شرطاه للعامل ولأجنبي معاً – ولو ولد أحدهما أو امرأته[٣] – وشرطا عليه عملاً مع العامل؛ صح[٤]، وكانا عاملين،

---

(١) وفي الإنصاف مع الشرح الكبير: (١٤ / ٥٨): «وإن قال: خذه مضاربة والربح كله لك أو لي لم يصح، يعني إذا قال إحداهما مع قوله: مضاربة، وهذا المذهب.
قال القاضي، وابن عقيل، وأبو الخطاب، وغيرهم: هي مضاربة فاسدة يستحق فيها أجرة المثل، وكذا قال في المغني؛ لكنه قال: لا يستحق شيئاً في الصورة الثانية؛ لأنه دخل على أن لا شيء له، ورضي به، وقاله ابن عقيل في موضع آخر من المساقاة.
وقال في المغني في موضع آخر: إنه إبضاع صحيح، فراعى الحكم دون اللفظ، وعلى هذا يكون في الصورة الأولى قرضاً، ذكره في القاعدة الثامنة والثلاثين» ا.هـ. انظر (المغني: ٧ / ١٤١).
وتقدم قريباً قول شيخ الإسلام: إنه يجب في الفاسد من المسمى نصيب المثل، فيجب من الربح جزء جرت العادة بمثله، وإن خسر؛ فلا شيء له.
(٢) لأن العبد لا يملك، وماله لسيده.
(٣) أو قريبه، كأبيه وأخيه. (كشاف القناع: ٣ / ٥١١).
(٤) في كشاف القناع (٣ / ٥١١): «صح الشرط، وكانا عاملين بمنزلة ما لو قال: اعملا في هذا المال ولكل منكما كذا».

. . . .

فَإِنْ قَالَ: وَالرِّبْحُ بَيْنَنَا؛ فَنِصْفَانِ، وَإِنْ قَالَ: وَلِي أَوْ لَكَ ثَلاثَةُ أَرْبَاعِهِ، أَوْ ثُلُثُهُ؛ صَحَّ، وَالبَاقِي لِلآخَرِ،

وإلا لم تصح المضاربة(١). (**فإن قال**) رب المال للعامل: اتجر به (**والربح بيننا؛ فنصفان**)؛ لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة، ولا مرجح، فاقتضى التسوية، (**وإن قال: اتجر به ولي ثلاثة أرباعه أو ثلثه**)(٢)، (أو) قال: اتجر به ولك ثلاثة أرباعه أو ثلثه ـ صح(٣) لأنه متى علم نصيب أحدهما أخذه، (**والباقي للآخر**)؛ لأن الربح مستحق لهما، فإذا قدر نصيب أحدهما منه؛ فالباقي للآخر بمفهوم اللفظ(٤).

---

(١) في كشاف القناع (٣/ ٥١١): «لأنه شرط فاسد يعود إلى الربح، ففسد به العقد، كما لو شرط دراهم معلومة».

(٢) وفي المغني (٧/ ٤٢): «وإن قال: ولي ثلث الربح، ولم يذكر نصيب العامل؛ ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح؛ لأن العامل إنما يستحق بالشرط، ولم يشترط له شيء فتكون المضاربة فاسدة.
والثاني: يصح، ويكون الباقي للعامل، وهو قول أبي ثور، وأصحاب الرأي؛ لأن الربح لا يستحقه غيرهما، فإذا قدر نصيب أحدهما منه؛ فالباقي للآخر».

(٣) والباقي لرب المال؛ لأنه يستحق الربح بماله، لكونه نماءه وفرعه، والعامل يأخذ بالشرط، فما شرط له استحقه، وما بقي؛ فلرب المال بحكم الأصل. (المصدر السابق).

(٤) كما علم أن ثلثي الميراث للأب من قوله ـ تعالى ـ: ﴿**وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ**﴾. (**المصدر السابق**).

. . . .

وإنِ اختلفا: لِمنِ المشْروطُ؟ فلِعَامِلٍ، وكَذا مُساقَاةٌ ومُزارَعَةٌ،

(**وإن اختلفا: لمن**) الجزء (**المشروط ؟فـ**) هو (**لعامل**)[١] قليلاً كان أو كثيراً؛ لأنه يستحقه بالعمل وهو يقل ويكثر[٢]، وإنما يتقدر حصته بالشرط، بخلاف رب المال؛ فإنه يستحقه بماله، ويحلف مدعيه[٣]، وإن اختلفا في قدر الجزء بعد الربح؛ فقول مالك بيمينه[٤]، وكذا (**مساقاة ومزارعة**) إذا اختلفا في الجزء المشروط أو قدره، لما تقدم[٥].

---

(١) إذا وقع خلاف بين العامل ورب المال في الجزء المشروط من الربح؛ فالمذهب ـ وهو قول الحنفية ـ: أن القول قول رب المال مع يمينه؛ لأن رب المال متمسك بالأصل، وهو عدم الجزء الزائد في الربح.
وعند المالكية ـ ورواية عن الإمام أحمد ـ: أن القول قول العامل إذا ادعى أجرة المثل مع يمينه، وإلا رد إلى قراض مثله؛ لأن العامل مؤتمن، والظاهر صدقه.
وعند الشافعية: أنهما يتحالفان؛ قياساً على المتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن.
(المبسوط: ٢٢/٩١، والمدونة ٤/٤٩، والذخيرة: ٦/٤٣، والحاوي للماورد: ٩/١٥٢، والمهذب: ١/٣٨٩، ومطالب أولي النهى: ٣/٥٤١).
(٢) فقد يشترط له جزء يسير، لسهولة العمل، وقد يشرط له جزء كثير لصعوبته، وقد يختلف باختلاف العاملين في الحذق وعدمه.
(٣) في كشاف القناع (٣/٥١٠): «لأنه يحتمل خلاف ما قاله، فيجب لنفي الاحتمال».
(٤) بأن قال العامل: شرطت لي النصف، وقال المالك: الثلث؛ قُدِّم قوله؛ لأنه منكر للزيادة، فإن أقام كل منهما بينة، قدمت بينة العامل. (المصدر السابق).
(٥) في المضاربة قياساً عليها؛ لأن العامل في كل منها إنما يستحق بالعمل. (المصدر السابق).

وَلاَ يُضَارِبُ

ومضاربة كشركة عنان فيما تقدم[١]، وإن فسدت؛ فالربح لرب المال، وللعامل أجرة مثله[٢]، وتصح مؤقتة[٣] ومعلقة[٤]، **(ولا يضارب)**

---

(١) في كشاف القناع (٣/٥١١): «وحكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله من البيع والشراء، أو القبض والإقباض وغيرها،أو لا يفعله كالقرض، وكتابة الرقيق، وتزويجه، ونحوه، وفي ما يلزمه فعله؛ كنشر الثوب وطيه، وختم الكيس، والإحراز، ونحوه، وفي الشروط صحيحة كانت، أو فاسدة؛ لأن كل ما جاز في إحداهما؛ جاز في الأخرى؛ لاشتراكهما في التصرف بالإذن، وكذا المنع».

(٢) وهذا هو المذهب؛ لأنه نماء ماله، وإنما يستحق العامل بالشرط، فإذا فسدت المضاربة؛ فسد الشرط فلم يستحق به شيئاً، ولكن له أجرة مثله.
وعن الإمام أحمد: أن له الأقل من أجرة المثل، أو ما شرط له من الربح.
واختار الشريف أبو جعفر: أن الربح بينهما على ما شرطاه في شركة العنان. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤/٦٥).
وعند شيخ الإسلام ـ كما في الاختيارات(ص ١٤٧)ـ:« في الربح الحاصل من مال لم يأذن مالكه في التجارة به: أن الأصح أنه يكون بينهما على قدر النفعين بمعرفة أهل الخبرة، وبه حكم عمر؛ إلا أن يتجر على غير وجه العدوان، مثل أن يعتقد أنه مال نفسه فتبين مال غيره، فهنا يقتسمان الربح بلا ريب».

(٣) في كشاف القناع (٣/٥١٢): «بأن يقول رب المال: ضاربتك على هذه الدراهم سنة، فإذا مضت السنة؛ فلا تبع ولا تشتر؛ لأنه تصرف بتوقت بنوع من المتاع فجاز توقيته بالزمان؛ كالوكالة».

(٤) كإذا جاء رأس الشهر، فضارب بهذا المال على كذا، أو إذا قبضت =

بِمَالٍ لآخَرَ إِنْ أَضَرَّ الأَوَّلُ، وَلَمْ يَرْضَ، فَإِنْ فَعَلَ رَدَّ حِصَّتَهُ فِي الشَّرِكَةِ

العامل (**بمال لآخر إن أَضر الأول ولم يرض**)[١] لأنها تنعقد على الحظ والنماء، فلم يجز له أن يفعل ما يمنعه، وإن لم يكن فيها ضرر على الأول، أو إذن؛ جاز[٢]، (**فإن فعل**) بأن ضارب الآخر مع ضرر الأول بغير إِذنه (**رد حصته**) من ربح الثانية(**في الشركة**)[٣] الأولى؛ لأنه استحق

= مالي من زيد فهو معك مضاربة؛ لأنه إذن في التصرف، فجاز تعليقه على شرط مستقبل.

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ١٦٠): «فإن كان فيه ضرر على الأول ولم يأذن، مثل أن يكون المال كثيراً يستوعب زمانه فيشغله عن التجارة في الأول، أو يكون المال كثيراً متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يجز – وهذا هو المذهب، لما علل به المؤلف –.

وقال أكثر الفقهاء: يجوز؛ لأنه عقد لا يملك به منافعه كلها فلم يمنع المضاربة، كما لو لم يكن فيه ضرر، وكالأجير المشترك» ا.هـ.

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ١٦٠): «بغير خلاف علمناه».

(٣) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وقال ابن قدامة كما في المغني (٧/ ١٦٠): «والنظر يقتضي ألا يستحق رب المضاربة الأولى من ربح الثانية شيئاً؛ لأنه إنما يستحق بمال، أو عمل، ولم يوجد واحد منهما ..».

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤/ ٩٨): «قال ابن رزين في شرحه: والقياس أن رب الأولى ليس له شيء من ربح الثانية؛ لأنه لا عمل له فيها، ولا مال، واختاره الشيخ تقي الدين، قال في الفائق: وهو المختار».

. . . .

ذلك بالمنفعة التي استحقت بالعقد الأول، ولا نفقة لعامل إلا بشرط[1].

(١) وهذا هو المذهب؛ لأن نفقة المضارب تختص به فكانت عليه كنفقة زوجته، ولأن المضارب دخل على أن له جزءاً مسمى فلم يستحق غيره.
وله النفقة بالشرط: لحديث أبي هريرة مرفوعاً: **«المسلمون على شروطهم»**،
وعند شيخ الإسلام: له النفقة بالشرط أو العادة؛ لأن الشرط العرفي كالشرط اللفظي.
وعند الحنفية، والمالكية: أن المضارب يستحق النفقة في السفر دون الحضر؛ لأن النفقة إنما تجب مقابل الاحتباس كنفقة القاضي والمرأة، والمضارب ليس محبوساً بالمضاربة في الحضر بخلاف السفر.
ولأن الربح يحتمل الوجود والعدم، والعاقل لا يسافر بمال غيره لفائدة تحتمل الوجود والعدم، مع تعجيل النفقة من ماله، فلو لم تجعل له النفقة؛ لامتنع الناس من قبول المضاربات، مع مسيس الحاجة إليها.
وعند الشافعية، وابن حزم: أن المضارب لا يستحق النفقة مطلقاً؛ لما استدل به الحنابلة من عدم استحقاق النفقة بلا شرط.
واستدل ابن حزم: بأن النفقة للمضارب: إن كانت بشرط؛ فهو شرط ليس في كتاب، وإن كانت بغير شرط؛ فأكل لأموال الناس بالباطل.
ونوقش: بعدم التسليم، بل هو شرط في كتاب كما تقدم في حديث أبي هريرة.
(المبسوط: ٢٢/٦٢، والهداية: ١٣٣/٢١١، والإشراف: ٢/٦٠، والفواكه الدواني: ٢/١٧٦، ومختصر المزني: ٨/٢٢١، وحلية العلماء: ٥/٣٣٩، والفروع: ٣/٤٨٤، وقواعد ابن رجب: ص ١٣٣، ومطالب أولي النهى: ٣/٥٢٨، ومجموع الفتاوى: ٣٠/٩٠، والاختيارات: ص ١٤٥). =

. . . .

وَلاَ يُقْسَمُ مَعَ بَقَاءِ العَقْدِ إلا بِاتِّفَاقِهِمَا

(**ولا يقسم**) الربح (**مع بقاء العقد**) أي: المضاربة (**إلا باتفاقهما**)[1]؛ لأن الحق لا يخرج عنهما، والربح وقاية لرأس المال[2].

= قال شيخ الإسلام كما في المجموع (٣٠ / ٩٠): «وحيث كانت له النفقة؛ فليس له النفقة إلا بالمعروف، وأما البسط الخارج عن المعروف؛ فيكون محسوباً عليه». وهو قول الجمهور من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، لقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ فكذلك نفقة المضارب في مال المضاربة. (المصادر السابقة).

والمذهب ـ وهو اختيار شيخ الإسلام ـ: أن الكسوة تدخل في النفقة، فيستحقها المضارب عند مطلق شرط النفقة؛ لدخول الكسوة في النفقة عند الإطلاق. وعند الإمام مالك: أن الكسوة يستحقها المضارب مع بعد السفر، دون قربه؛ لأن الكسوة يحتاج إليها بعد طول المدة، وهذا في السفر الطويل. (المصادر السابقة مع المنتقى شرح الموطأ: ٥ / ١٧٢).

وعند الحنفية والمالكية: لا يدخل علاج المضارب في النفقة؛ لأنه غير معتاد فلا يدخل في النفقة.

وعن أبي حنيفة: يدخل في النفقة؛ لأن المضارب لا يتمكن من الاستمرار في المضاربة إلا بالعلاج، فيصير كالأكل والشرب. (بدائع الصنائع: ٦ / ١٠٦، والمنتقى: ٥ / ٧٢).

(١) وصرح في الإقناع والمنتهى بالتحريم. (كشاف القناع: ٣٤ / ٥١٩).

(٢) في كشاف القناع (٣ / ٥١٩): «لأنه مع امتناع رب المال وقاية لرأس ماله؛ لأنه لا يأمن الخسران، فيجبره بالربح، ومع امتناع العامل؛ لا يأمن أن يلزمه رد ما أخذ في وقت لا يقدر عليه، فلا يجبر واحد منهما».

. . . .

وَإِنْ تَلِفَ رَأْسُ المَالِ أوْ بَعْضُهُ بَعْدَ التَّصَرُّفِ، أَوْ خَسِرَ؛ جُبِرَ مِنَ الرِّبْحِ قَبْلَ قِسْمَتِهِ

(**وإن تلف رأس المال أو**) تلف (**بعضه**) قبل التصرف؛ انفسخت فيه المضاربة[١] كالتالف قبل القبض، وإن تلف (**بعد التصرف**)؛ جبر من الربح[٢]؛ لأنه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية إلى الربح[٣]، (**أو خسر**) في إحدى سلعتين أو سفرتين (**جبر**) ذكر (**من الربح**) أي: وجب جبر الخسران من الربح، ولم يستحق العامل شيئاً إلا بعد كمال رأس المال؛ لأنهما مضاربة واحدة[٤] (**قبل قسمته**)

(١) وفي الإنصاف مع الشرح (١٤/١١٨): «وإن تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه؛ انفسخت فيه المضاربة بلا نزاع أعلمه، وكان رأس المال الباقي خاصة».

(٢) جبرت الوضيعة من ربح باقيه قبل القسمة.

(٣) ولا شيء للعامل إلا بعد كمال رأس المال.

(٤) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٤/١٢١): «ومهما بقي العقد على رأس المال؛ وجب جبرانه من الربح،وإن اقتسما الربح، قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضارب يربح ويضع مراراً؟ فقال: يرد الوضيعة على الربح، إلا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده إليه فيقول: اعمل به ثانية، فما ربح بعد ذلك؛ لا يجبر به وضيعة الأول، فهذا ليس في نفسي منه شيء، وأما ما لم يدفع إليه فحتى يحتسبا حساباً كالقبض،كما قال ابن سيرين»ا.هـ. وقال ابن قدامة في المغني (٧/١٦٨): «ومتى كان في المال خسران وربح؛ جبرت الوضيعة من الربح سواء كان الخسران والربح في مرة =

أَوْ تَنْضِيضِهِ.

ناضاً[١] (أو تنضيضه) مع محاسبته، فاذا احتسبا وعلما مالهما ـ لم يجبر الخسران بعد ذلك مما قبله[٢] تنزيلاً للتنضيض مع المحاسبة منزلة المقاسمة[٣]، وإن انفسخ العقد والمال عرض أو دين فطلب رب

= واحدة، أو الخسران في صفقة، والربح في أخرى، أو أحدهما في سفرة والآخر في أخرى؛ لأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال، وما لم يفضل فليس بربح لا نعلم فيه هذا خلافاً».

(١) في المصباح (٢/ ٦١٠): «وقال ابن القوطية: نض الشيء حصل، والناض من الماء: ماله مادة وبقاء، وأهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير نضاً وناضاً، قال أبو عبيد: إنما يسمونه ناضاً إذا تحول عيناً بعد أن كان متاعاً».

(٢) فهذا الحساب الذي هو كالقبض تكون المضاربة بعده ابتداء مضاربة ثانية، كما لو قبضها منه، ثم ردها إليه.

(٣) والمقاسمة لا يجبر الخسران بعدها مما قبلها.

والمذهب: أن المضارب يملك حصته من الربح بظهور الربح، كما يملك المساقي نصيبه من الربح بظهور الثمرة، ولأن المضارب يملك المطالبة بالقسمة، فكان مالكاً كأحد شريكي العنان.

وعند الجمهور: أن المضارب لا يملك نصيبه إلا بالقسمة؛ لأن الربح زيادة، والزيادة لا تكون إلا بعد سلامة الأصل.

ونوقش: بأن ملك المضارب للربح بالظهور لا يمنع من جبران الأصل بالربح.

(بدائع الصنائع: ٦/ ١٠٧، والإشراف: ٢/ ٦٠، والمهذب: ١/ ٣٩٤، وحلية العلماء: ٥/ ٣٤١، والمبدع: ٥/ ٣١، والإنصاف: ٥/ ٤٤٥).

. . . .

. . . .

المال تنضيضه؛ لزم العامل[١]. وتبطل بموت أحدهما[٢]، فإن مات

---

(١) في كشاف القناع (٣/٥٢١): «وإن انفسخ القراض والمال عرض، فرضي رب المال أن يأخذ بماله من العرض؛ فله ذلك، فيقوم العرض عليه، ويدفع حصة العامل ... إن لم يكن حيلة على قطع ربح عامل كشرائه خزًّا في الصيف ليربح في الشتاء، ونحوه، فيبقى حقه في ربحه...وإن لم يرض رب المال بأخذه ـ أي: المال ـ من ذلك العرض، وطلب البيع، أو طلبه ـ أي البيع ـ ابتداء، من غير فسخ المضاربة؛ فله ذلك، ويلزم المضارب بيعه، ولو لم يكن في المال ربح؛ لأن عليه رد المال ناضاً كما أخذه».

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٤/١٣٠): «والوجه الثاني: لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح، أو أسقط العامل حقه من الربح؛ لأنه بالفسخ زال تصرفه، وصار أجنبيًّا من المال فأشبه الوكيل إذا اشترى ما يستحق رده فزالت وكالته قبل رده .... وإن كان دَيْناً؛ لزم العامل تقاضيه، سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر، وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: لا يلزمه إلا أن يظهر ربح؛ لأنه لا غرض له في العمل، فهو كالوكيل.

ولنا أن المضاربة تقضي رد المال على صفته، والديون لا تجري مجرى الناض، فلزمه أن ينضه كما لو ظهر ربح، وكما لو كان رأس المال عرضاً، ويفارق الوكيل؛ فإنه لا يلزمه رد المال كما قبضه».

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول الجمهور؛ كالوكالة.

وعند المالكية : أن المضاربة لا تنفسخ بالموت، فإذا مات المقارض وكان له بنون؛ كانوا في القراض مثل أبيهم؛ للضرر بفسخ المضاربة.

(بدائع الصنائع: ٦/١٠٧، والشرح الصغير: ٣/٦٩٢، وتكملة المجموع:=

. . . .

. . . .

عامل أو مودع أو وصيٌّ ونحوه[١]، وجهل بقاء ما بيدهم؛ فهو دين في التركة[٢]؛ لأن الإخفاء وعدم التعيين كالغصب. ويقبل قول العامل

= ١٤ / ١٩٨، والمغني: ٧ / ١٧٥).

وعند جمهور أهل العلم: المضاربة عقد جائز.

وعند المالكية: عقد لازم بعد الشروع. (المصادر السابقة).

وفي كشاف القناع (٣ / ٥٢٢): «وإذا مات أحد المتقارضين، أو جُنَّ جنوناً مطبقاً، أو توسوس بحيث لا يحسن التصرف،أو حُجِرَ عليه لسَفَه؛ انفسخ القراض؛ لأنه عقد جائز من الطرفين، فبطل بذلك كالوكالة».

وتقدم ذلك في مبطلات الوكالة، باب الوكالة.

(١) كوكيل، وأجير، وعامل وقف، وناظره، ونحوه.

(٢) في الإنصاف مع الشرح (١٤ / ١٣٤): «لصاحبها أسوة الغرماء، وهذا هو المذهب، وسواء مات فجأة أو لا ... عملاً بالأصل، ولأنه لما أخفاه ولم يعينه، فكأنه غاصب، فيتعلق بذمته.

وعن الإمام أحمد: لا يكون دَيْناً في تركته إلا إذا مات غيره فجأة.

وقيل: كالوديعة ....

قوله: وكذلك الوديعة يعني أنها تكون دَيْناً في تركته إذا مات ولم يعينها وهو المذهب ....

وقيل: لا تكون ديناً في تركته، ولا يلزمه شيء.

وقال في الترغيب: هي في تركته إلا أن يموت فجأة. زاد في التلخيص: أو يوصي إلى عدل، ويذكر جنسها كقوله: قميص، فلم يوجد.

فوائد: لو مات وصي،وجهل بقاء مال موليه، قال في الفروع:« فيتوجه أنه كـ « مال » المضاربة والوديعة، قال الشيخ تقي الدين: **هو في تركته**» ا.هـ.

. . . .

. . . .

فيما يدعيه من هلاك، وخسران، وما يذكر أنه اشتراه لنفسه أو للمضاربة؛ لأنه أمين[١]. . . . .

---

(١) قال ابن المنذر في الإجماع (ص ١٢٤): «وأجمعوا على أن الرجل إذا دفع إلى الرجل مالاً مضاربة، ثم اختلفا، وقد جاء العامل بألفي درهم، فقال رب المال: كان رأس مالي ألفي درهم، وقال العامل: كان رأس المال ألف درهم والربح ألف درهم؛ أن القول قول العامل مع يمينه، وذلك إذا لم يكن لرب المال بينة».

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٤/ ١٣٩): «والعامل أمين، والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وخسران؛ لأنه متصرف في مال غيره بإذنه لا يختص بنفعه، أشبه الوكيل، بخلاف المستعير فإنه قبضه لمنفعته خاصة.

والقول قوله فيما يدعيه من تلف المال، أو بعضه، أو خسارة فيه، ولا ضمان عليه في ذلك، كالوكيل.

والقول قوله في نفي ما يُدعى عليه من خيانة أو تفريط، وفيما يدعى أنه اشتراه لنفسه أو للقراض؛ لأن الاختلاف هنا في نيته، وهو أعلم بها ....

ولو اشترى عبداً، فقال رب المال: كنت نهيتك عن شرائه، فأنكر العامل؛ فالقول قوله؛ لأن الأصل عدم النهي، ولا نعلم في هذا كله خلافاً» ا.هـ.

وباتفاق الأئمة: أن القول قول العامل فيما يدعيه من هلاك وخسران؛ لأنه أمين، والأصل عدم الخيانة.

(المبسوط: ٢٢/ ٩٤، والذخيرة: ٦/ ٥٣، والحاوي: ٩/ ١٢٣، والهداية لأبي الخطاب: ١/ ١٧٦، وكشاف القناع: ٣/ ٤٨٥). =

. . . .

. . . .

. والقول قول رب المال في عدم رده إليه[١].

* * *

= وفي الإنصاف مع الشرح (١٤/١٤٤): «ولو أقام كل واحد منهما بينة بما قاله؛ قدمت بينة العامل، على الصحيح من المذهب؛ لأنه خارج ....
وقيل: تقدم بينة رب المال، ونقل منها في من قال: دفعته مضاربة، قال: بل قرضاً، ولهما بينتان، قال: الربح بينهما نصفان ....
قوله: وإن قال العامل: ربحت ألفاً ثم خسرتها، أو هلكت؛ قُبِلَ قوله بلا نزاع، وإن قال: غلطت؛ لم يقبل قوله، وكذا لو قال: نسيت، أو كذبت، وهو المذهب ...
وعنه – أي الإمام أحمد – يقبل قوله .... قال أبو بكر: وعليه العمل» ا.هـ.

(١) وهذا هو المذهب؛ لأنه قبض المال لنفع نفسه، فلم يقبل قوله في الرد، كالمستعير، ولأن رب المال منكر، والقول قول المنكر.
وعن الإمام أحمد: أن القول قول العامل؛ لأنه أمين، ولأن معظم النفع لرب المال، فالعامل كالمودع.
(الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤/١٤٠، وقواعد ابن رجب، القاعدة: ٤٤).

* * *

. . . .

فصلٌ

الثَّالِثُ: شَرِكَةُ الوُجُوهِ:

فصل[١]

(الثالثُ: شركة الوجوه)[٢] سميت بذلك؛ لأنهما يعاملان فيها بوجههما أي: جاههما، والجاه والوجه واحد[٣]. وهي أن يشتركا على

---

(١) في أحكام شركة الوجوه، والأبدان، والمفاوضة.

(٢) النوع الثالث من أنواع شركة العقود: شركة الوجوه.

وهي جائزة عند الحنفية، والحنابلة؛ لأنها وكالة كل من الشركاء للآخر في البيع والشراء، كما أنها تتضمن الكفالة بالثمن، وكل من الأمرين جائز.

وعند المالكية، والشافعية: عدم جوازها؛ لأن الشركة لابد أن تقوم على أحد أمرين: المال أو العمل، وكلاهما معدومان في شركة الوجوه – وهذا التعليل بناء على تعريفهم لشركة الوجوه، وسيأتي –.

ونوقش: بعدم التسليم، بل تقوم على البيع والشراء، وهذا هو العمل، وعلى هذا: فالأقرب قول الحنفية والحنابلة.

(المبسوط: ١١/ ١٥٥، وبداية المجتهد: ٢/ ٢٥٥، ومنهاج الطالبين: ٥٥، وشرح المنتهى: ٢/ ٣٣٩).

(٣) يقال: وجه فلان وجاهة؛ صار ذا قدر ورتبة، وأوجهه السلطان أي: شرفه.

(لسان العرب: ١٣/ ٥٠٢، والمعجم الوسيط: ٢/ ٦٢٨).

. . . .

أَنْ يَشْتَرِيَا فِي ذِمَّتِيهِمَا بِجَاهَيْهِمَا ؛ فَمَا رَبِحَا فَبَيْنَهُمَا ،

(**أن يشتريا في ذمتيهما**) من غير أن يكون لهما مال (**بجاههما**)[١][٢]، فما ربحاه (**فـ**) هو (**بينهما**) على ما شرطاه[٣]، سواء عيَّن أحدهما لصاحبه ما يشتريه، أو جنسه،أو وقته، أو لا[٤]، فلو قال: ما اشتريت

---

(١) أي: بثقة التجار لهما.

(٢) وعرفها الحنفية، كما في فتح القدير (٥/ ٣٠): هي أن يشترك رجلان ولا مال لهما، على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا؛ وسميت بذلك؛ لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس.
وعرَّفها المالكية: هي أن يشتركا على غير مال ولا عمل، وهي الشركة على الذمم بحيث إذا اشتريا شيئاً؛ كان في ذمتهما، وإذا باعاه؛ اقتسما ربحه. (القوانين: ص ٣١١).
وقيل: أن يتفق وجيه وخامل على أن يشتري الوجيه في الذمة، ويبيع الخامل، ويكون الربح بينهما. (مواهب الجليل: ٥/ ١٤١).
وعرفها الشافعية: أن يشترك وجيهان ويبتاعا في الذمة إلى أجل، على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما يبيعانه ويؤديان الأثمان فما فضل فهو بينهما.

(٣) من تساو وتفاضل؛ لحديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ مرفوعاً: «المسلمون على شروطهم». رواه البخاري معلقاً بصيغة الجزم.

(٤) في كشاف القناع (٣/ ٥٢٦): «لأن ذلك – أي التعيين – يعتبر في الوكالة المفردة، أما الوكالة الداخلة ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك؛ بدليل المضاربة، وشركة العنان فإن في ضِمْنِهما توكيلاً، ولا يعتبر فيهما شيء من هذا».

وَكُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكِيلُ صَاحِبِهِ وَكَفِيلٌ عَنْهُ بِالثَّمَنِ، وَالْمُلْكُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَاهُ، وَالْوَضِيعَةُ عَلَى قَدْرِ مِلْكَيْهِمَا، وَالرِّبْحُ عَلَى مَا شَرَطَاهُ.

من شيء فبيننا؛ صح. (**وكل واحد منهما وكيل صاحبه**[1] **وكفيل عنه بالثمن**)[2] لأن مبناها على الوكالة والكفالة (**والملك بينهما على ما شرطاه**) لقوله ﷺ: «**المؤمنون عند شروطهم**»[3]، (**والوضيعة على قدر ملكيهما**)[4] كشركة العنان؛ لأنها في معناها (**والربح على ما شرطاه**) كالعنان، وهما في تصرف كشريكي عنان[5].

---

(١) أي: في شراء نصف المتاع بنصف الثمن، وكذا بيعه.

(٢) فليزمه قضاء نصيبه.

(٣) تقدم تخريجه: من حديث أبي هريرة، وعمرو بن عوف المزني رضي الله عنهما، (ينظر باب الخيار ٦ / ١٣٠)، ولعموم قوله ـ تعالى ـ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

(٤) في كشاف القناع (٣ / ٥٢٦): «أي: فيما يشتريانه فعلى من يملك فيه الثلثين ثلثا الوضيعة، وعلى من يملك فيه الثلث ثلثها، سواء كانت لتلف أو لبيع بنقصان، وسواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن؛ لأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بملاكه، فوزِّع بينهما على قدر الحصص».

(٥) في كشاف القناع (٣ / ٥٢٧): «وهما ـ أي شريكا الوجوه ـ في التصرف بنحو بيع وإقرار وخصومة؛ كشريكي العنان فيما يجب لهما وعليهما، وفيما يمتنع وسائر ما تقدم».

الرَّابِعُ: شَرِكَةُ الأَبْدَانِ: أَنْ يَشْتَرِكَا فِيمَا يَكْتَسِبَانِ بِأَبْدَانِهِمَا

(الرابع: شركة الأبدان) وهي **(أن يشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما)** أي: يشتركان في كسبهما من صنائعهما[1] فما رزق الله ـ تعالى ـ فهو

---

(١) وعرفها الحنفية كما في فتح القدير لابن الهمام (٥/٢٨): «أن يشتركا على أن يتقبلا الأعمال، ويكون الكسب بينهما كالخياطين والصباغين».

وعند المالكية كما في حاشية الدسوقي (٣/٣٦١): «أن يشترك صانعان فأكثر على أن يعملا معا، ويقتسما أجرة عملهما بنسبة العمل».

وعند الشافعية في مغني المحتاج (٢/٢١٢): «الاشتراك بين محترفين على أن كسبهما بينهما ـ متساويا أو متفاوتاً ـ مع اتفاق الصنعة أو اختلافها».

وشركة الأبدان تنقسم إلى قسمين:

الأول: أن يشتركا فيما يتقبلان بأبدانهما في ذممهما من العمل؛ كالحدادة والخياطة، ونحوها.

فجمهور أهل العلم على جواز ذلك، لكن عند المالكية بشروط تأتي.

ودليل ذلك: ما استدل به المؤلف، ولأن شركة الأبدان تتضمن الوكالة، وتوكيل كل من الشريكين للآخر بتقبل العمل صحيح.

وعند الشافعية والظاهرية: غير جائزة لما يأتي.

القسم الثاني: أن يشتركا فيما يكتسبانه بأبدانهما من مباح؛ كالاحتطاب والاحتشاش ونحوهما.

فعند المالكية والحنابلة: جواز ذلك؛ لما تقدم من الدليل في القسم الأول. =

. . . .

. . . .

= وعند الحنيفة والشافعية والظاهرية: عدم جواز ذلك.

استدل ابن حزم على عدم جواز شركة الأبدان: بقوله ـ تعالى ـ: ﴿ **وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا** ﴾، وقوله ـ تعالى ـ: ﴿ **لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ** ﴾ فالإنسان يختص بكسبه له غنمه، وعليه غرمه، مع قوله ـ تعالى ـ: ﴿ **لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ** ﴾.

ونوقش: بأن هذه الآيات واردة في الثواب والإثم.

وأما قوله ـ تعالى ـ: ﴿ **لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ** ﴾ فشركة الأبدان ليس فيها أكل للمال بالباطل بل بالحق؛ لقوله ـ تعالى ـ في الآية: ﴿ **إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ** ﴾.

واستدل ـ أيضاً ـ بحديث عائشة ـ رضي الله عنها ـ مرفوعاً: «كل شرط ليس في كتاب الله؛ فهو باطل» متفق عليه.

ونوقش: بأن شركة الأبدان في كتاب، إذ الأصل في العقود، والشرط في العقود الحل.

واستدل الشافعية: بأن الشركة تنبئ عن الاختلاط، وهو شرط معتبر.

ونوقش: بأنه مبني على اشتراط خلط المالين لصحة الشركة، وتقدم عدم اعتباره عند قول المؤلف: «ولا يشترط خلط المالين..» وعلى ذلك فالأقرب الجمهور.

(تبيين الحقائق: ٣ / ٣٢٠، وجواهر الأكليل: ٢ / ١٢٠، والإقناع للشربيني: ٢ / ٤١، والمغني: ٧ / ١٢١، والمحلى ٨ / ٥٤٢، ومجموع الفتاوى: ٣ / ٧٣).

. . . .

فَمَا تَقَبَّلَهُ أَحَدُهُمَا مِنْ عَمَلٍ يَلْزَمُهُمَا فِعْلُهُ ،

بينهما[١]، (**فما تقبله أحدهما من عمل يلزمهما فعله**) ويطالبان به[٢]؛ لأن شركة الأبدان لا تنعقد إلا على ذلك[٣]، وتصح مع اختلاف الصنائع / كقصار مع خياط[٤]، ولكل واحد منهما طلب الأجرة[٥] وللمستأجر ٣٤

---

(١) أي: على ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل؛ لأن العمل يستحق به الربح، وقد يتفاضلان في العمل فجاز تفاضلاهما في الربح الحاصل به.

(٢) أي: ويطالب كل واحد منهما بما تقبل من أعمال الشركة.

(٣) في **كشاف القناع** (٣ / ٥٢٧): «لأن مبنى هذه الشركة على الضمان، فكأنها تضمنت ضمان كل واحد منهما على الآخر ما يلزمه».

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية.

وعند المالكية: يشترط لجواز شركة الأبدان ما يلي:

(أ) أن يتحد عمل كل من الشريكين؛ كخياطين أو حدادين، أو يتلازم عملهما، وذلك بأن يكون عمل أحدهما متوقفاً على عمل الآخر، كأن ينسج أحدهما، ويصبغ الآخر.

(ب) أن يكون لكل من الشركاء من الربح بقدر عمله، وإذا شرط التساوي في الربح مع تقارب العمل؛ فشرط صحيح.

(جـ) أن يشتركا في الآلات التي يعملان بها، إما بملك، أو إجارة.

(المصادر السابقة).

(٥) أي: أجرة عمل تقبله هو أو صاحبه.

وَتَصِحُّ فِي الاحْتِشَاشِ وَالاحْتِطَابِ وَسَائِرِ الـمُبَاحَاتِ،

دفعها إلى أحدهما[١]، ومن تلفت بيده بغير تفريط لم يضمن[٢].

(وتصح) شركة الأبدان **(في الاحتشاش والاحتطاب وسائر المباحات)** كالثمار المأخوذة من الجبال، والمعادن[٣]، والتلصص على دار الحرب[٤]؛ لما روى أبو داود بإسناده، عن عبدالله، قال: «**اشتركت أنا، وسعد، وعمار يوم بدر، فلم أجئْ أنا وعمار، بشيءٍ وجاء سعد بأسيرين**»[٥].

---

(١) في كشاف القناع(٣/٥٢٧): «ويبرأ منها ـ أي الأجرة ـ بالدفع لأحدهما؛ لأن كل واحد منهما كالوكيل عن الآخر».

(٢) في كشاف القناع (٣/٢٥٧): «فهي من ضمانهما تضيع عليهما؛ لأن كل واحد منهما وكيل الآخر في المطالبة والقبض، وما يتلف من الأعيان، أو الأجرة بتعدي أحدهما، أو تفريطه على وجه يوجب الضمان عليه؛ كمنع أو جحود؛ فهو عليه وحده؛ لانفراده بما يوجب الضمان».

(٣) وكاصطياد، وأخذ العسل؛ والغنيمة.

(٤) كسلب من يقتلانه بدار الحرب.

وهذا القسم الثاني من أقسام شركة الأبدان، وقد تقدم ـ قريباً ـ جوازها عند المالكية والحنابلة، وعدم جوازها عند الحنفية والشافعية والظاهرية.

(٥) أخرجه أبو داود: (٣/٦٨١) – البيوع – باب في الشركة على غير رأس المال – (ح ٣٣٨٨)، والنسائي: (٧/٥٧) – الأيمان والنذور – باب شركة الأبدان – (ح ٣٩٣٨)، (٧/٣١٩) – البيوع – باب الشركة والمضاربة – (ح ٢٢٨٨)، والطبراني في الكبير: (١/١٣٨) =

....

وَإِنْ مَرِضَ أَحَدُهُمَا فَالْكَسْبُ بَيْنَهُمَا ،وَإِنْ طَالَبَهُ الصَّحِيحُ أَنْ يُقِيمَ مَقَامَهُ لَزِمَهُ.

قال أحمد : أشرك بينهم النبي ﷺ[١].

(**وإن مرض أحدهما ، فالكسب**) الذي عمله أحدهما (**بينهما**)[٢]، احتج الإمام بحديث سعد[٣]، وكذا لو ترك العمل لغير عذر[٤]، (**وإن طالبه الصحيح أن يقيم مقامه لزمه**) لأنهما دخلا على أن يعملا، فإذا تعذر عليه العمل بنفسه؛ لزمه أن يقيم مُقَامه[٥] توفية للعقد بما

= (ح ٢٩٧)، والدارقطني : (٣ / ٣٤) – البيوع – (ح ١٣٨)، البيهقي : (٦ / ٧٩) – الشركة – باب الشركة في الغنيمة – من طريق أبي إسحاق السبيعي، عن أبي عبيدة، عن عبدالله بن مسعود، وإسناده ضعيف؛ لانقطاعه حيث إن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه عبدالله بن مسعود، قاله شعبه وأبو حاتم وغيرهما. انظر: «المراسيل» لابن أبي حاتم، (ص ١٩٦)، «جامع التحصيل» : (ص ٢٠٤).

(١) ولأن العمل أحد جهتي المضاربة، فصحت الشركة عليه كالمال.

(٢) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٤ / ١٦٤) : «قال ابن عقيل: نصٌ عليه أحمد في رواية إسحاق بن هانئ، ولأن العمل مضمون عليهما معاً، وبضمانهما له؛ وجبت الأجرة، فتكون لهما كما كان الضمان عليهما».

(٣) وهو قول عبدالله بن مسعود : «**أشتركت أنا وسعد وعمار** ..» الحديث.

(٤) وهذا هو الصحيح من المذهب. (المصدر السابق).

(٥) بضم الميم، ويجوز الفتح، بخلاف نحو: قام زيد مَقام عمرو فبالفتح لا غير. (ينظر المصباح ٢ / ٥٢٠).

. . . .

يقتضيه(١) وللآخر الفسخ(٢)، وإن اشتركا على أن يحملا على دابتيهما، والأجرة بينهما، صح(٣)، وأن أجراهما بأعيانهما[١]، فلكل أجرة دابته، ويصح دفع دابة(٤) ونحوها لمن يعمل عليها، وما رزقه الله تعالى بينهما على ما شرطاه(٥).

---

(١) من لزوم العمل مع شريكه.

(٢) أي: وإن امتنع المريض ونحوه من أن يقيم آخر مقامه؛ فللآخر فسخ الشركة، بل له فسخها وإن لم يمتنع، مع عدم الضرر؛ لعدم لزومها. (ينظر كشاف القناع ٣/٥٢٨).

(٣) لأنه نوع من الاكتساب، والدابتان آلتان، فأشبها الأداة. (المصدر السابق).
في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤/١٣٦): «لو دفع عبده أو دابته إلى من يعمل بهما بجزء من الأجرة، أو ثوباً يخيطه، أو غزلاً ينسجه بجزء من ربحه، أو بجزء منه؛ جاز، وهو المذهب.
وعنه - أي الإمام أحمد -: لا يجوز، وهو قول في الرعاية اختاره ابن عقيل، فله أجرة مثله، قال في الفروع وغيره: ومثل حصاد زرعه، وطحن قمحه، ورضاع رقيقه ..».
وفي المصدر السابق (١٤/١٦٦): «لا تصح شركة الدلالين فيما يحصل له. قاله في الترغيب وغيره .... لأنه لابد فيها من وكالة، وهي على هذا الوجه لا تصح، كآجر دابتك، والأجرة بينهما، وقال في الموجز: تصح، قال الشيخ تقي الدين: وقد نص أحمد على جوازها لو اشترك ثلاثة: لواحد دابة، ولآخر رواية، والثالث: يعمل؛ صح في قياس قول أحمد ..».

(٤) لأنه لم يجب ضمان الحمل في ذممها، وإنما استحق المكتري منفعة البهيمة.

(٥) لأن الدابة، ونحوها، عين تنمى بالعمل عليها، فصح العقد ببعض نمائها كالدراهم والدنانير، وكالشجر في المساقاة، والأرض في المزارعة.

---

[١] في بعض المطبوعات بلفظ: (بأعينهما).

الخَامسُ: شَرِكَةُ المُفَاوَضَة: أَنْ يُفَوِّضَ كُلٌّ مِنْهُمَا إِلَى صَاحِبِهِ كُلَّ تَصَرُّفٍ مَالِيٍّ وَبَدَنِيٍّ مِنْ أَنْوَاعِ الشَّرِكَةِ،

(**الخامس: شركة المفاوضة**)[1] وهي (**أن يفوض كل منهما إلى صاحبه كل تصرف مالي وبدني من أنواع الشركة**)[2] بيعاً، وشراء، ومضاربة،

---

(١) مشتقة من التفويض، يقال: فوض الأمر إليه تفويضاً رده إليه، وجعله الحاكم فيه، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأُفَوِّضُ أَمْرِي إِلَى اللَّهِ﴾.
وتسمية هذه الشركة مفاوضة؛ لأن كل واحد من الشريكين يفوض أمر التصرف في مال الشركة إلى الآخر.
وقيل: اشتقاقهما من الانتشار، يقال: قال: فاض الماء؛ إذا انتشر، واستفاض الخبر؛ إذا شاع، فلما كان هذا العقد مبنيًّا على الانتشار والظهور في جميع التصرفات؛ سمي مفاوضة.
وقيل: أصلها من المساواة لاستواء الشريكين فيها في التصرف والضمان.
(تاج العروس: ٥ / ٧١، والمعجم الوسيط: ٢ / ٧٠٦).

(٢) وعرفها الحنفية، كما في فتح القدير (٥ / ٥): «هي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما، وتصرفهما، ودينهما؛ لأنها شركة عامة في جميع التجارات، يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق».
وعرفها المالكية، كما في كفاية الطالب الرباني (٢ / ١٦٢): «أن يطلق كل واحد منهما التصرف لصاحبه في المال الذي اشتركا فيه في الغَيبة =

. . . .

. . . .

= والحضور، والبيع والشراء، والكراء والاكتراء سواء كان الإطلاق في جميع الأنواع، أو نوع خاص».

وعرفها الشافعية كما في نهاية المحتاج (٤/٣): «الاشتراك بين اثنين أو أكثر، يكون بينهما كسبهما، وعليهما ما يعرض من غرم سواء كان بغصب، أو إتلاف، أو بيع فاسد، وغير ذلك».

وعند الحنابلة: تنقسم إلى قسمين:

الأول: تفويض كل من المشتركين، اثنين فأكثر،إلى صاحبه كل تصرف بدني ومالي من أنواع الشركة، وهو الجمع بين عنان، ووجوه، ومضاربة، وأبدان،فتصح عند الحنابلة؛ لأن كل واحد يصح منفرداً فصح مع غيره؛ كحالة الانفراد.

وعند الحنفية: تصح شركة المفاوضة استحساناً ـ كما تقدم في تعريفها عندهم ـ بشروط تأتي، واستدلوا على ذلك:

١- ما روي مرفوعاً: «**إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة**»؛ لكن في فتح القدير (٥/٧): لا يعرف في كتب الحديث.

٢- ولأن المفاوضة اشتملت على أمرين جائزين، وهما: الوكالة والكفالة؛ لأن كل واحدة منهما جائزة حال الانفراد فتجوز مجتمعة.

وعند المالكية: تجوز حسب ما تقدم في تعريفها عندهم، والمفاوضة عندهم لا تكون إلا فيما يعقدان عليه الشركة من أموالهما، دون ما ينفرد به كل واحد منهما من ماله.

وعند الشافعية: ـ حسب تعريفهم لها ـ: لا تجوز؛ لأن النبي ﷺ نهى=

. . . .

. . . .

. . . .

= عن الغرر، وهذا غرر.

ونوقش: بعدم التسليم كما في أدلة المجوزين.

ولأنها تتضمن الوكالة والكفالة بمجهول، وهذا لا يصح حال الانفراد، فلا يصح حال الاجتماع.

ونوقش: بأن الوكالة والكفالة في الشركة إنما تكون ضمناً، ولهذا جازت المضاربة باتفاق الأئمة، وهي مشتملة على الوكالة.

(فتح القدير ٥ /٧، وبدائع الصنائع ٦ /٥٨، ومواهب ٥ /١١٨، وتكملة المجموع ١٣ /١٥٧، والمغني ٧ /١٣٧).

وعند الحنفية: يشترط لشركة المفاوضة ما يلي:

١- أن يكون كل من الشركاء أهلاً للكفالة.

٢- المساواة في رأس المال قدراً، باتفاق فقهاء الحنفية، وكذا المساواة قيمة، على المشهور من الروايات، ولا يشترط الاتفاق في الجنس.

٣- ألا يكون لأحد الشركاء مال خارج عن مال الشركة؛ كما يشترط المساواة في الربح.

٤- أن تكون الشركة في عموم التجارات، ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه؛ لأن ذلك يبدل معنى المساواة في التصرف، وعند أبي يوسف: لا بأس بتفاوت التصرف في التجارة بين المسلم والذمي، فالذمي يبيع الخمر والخنزير، دون المسلم.

٥- أن تكون بلفظ المفاوضة، أو ما يقوم مقامها من عبارة تدل على المقصود. (بدائع الصنائع: ٦ /٦٠-٦٢).

. . . .

وَالرِّبْحُ عَلَى مَا شَرَطَاهُ، وَالوَضِيعَةُ بِقَدْرِ المالِ فَإِنْ أَدْخَلاَ فِيْهَا كَسْباً، أَوْ غَرَامَةً نَادِرَيْنِ، أَوْ مَا يَلْزَمُ أَحَدَهُمَا مِنْ ضَمَانِ غَصْبٍ أَوْ نَحْوِهِ

وتوكيلاً ،وابتياعاً في الذمة، ومسافرة بالمال، وارتهاناً، وضمان ما يرى من الأعمال، أو يشتركا في كل ما يثبت لهما وعليهما، فتصح، (**والربح على ما شرطاه**[1]، **والوضيعة بقدر المال**)[2] لما سبق في العنان، (**فإن أدخلا فيها كسباً، أو غرامة، نادرين**) كوجدان لقطة، أو ركاز، أو ميراث، أو أرش جناية[4]، (**أو ما يلزم أحدهما من ضمان غصب**[5] **أو نحوه**[6]

---

(١) إن لم يدخلا فيها كسباً نادراً كما يأتي.

(٢) لحديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ مرفوعاً: «المسلمون على شروطهم». رواه البخاري معلقاً بصيغة الجزم. وعند الحنفية: يشترط التساوي في الربح.

(٣) سواء كان التلف أو النقصان في الثمن أو غير ذلك، وأما في المضاربة؛ فعلى رأس المال.

(٤) أو مهر وطء، أو هبة، أو وصية، أو غير ذلك من الأكساب النادرة.

(٥) وهذا النوع الثاني من نوعي شركة المفاوضة: أن يدخلا فيها الأكساب النادرة؛ كوجدان لقطة، أو وجدان ركاز، أو ما يحصل لهما من ميراث، أو ما يلزم أحدهما من ضمان غصب، أو أرش جناية، ونحو ذلك. (كشاف القناع: ٣/ ٥٣١).

(٦) كضمان عارية، وقيمة متلف، وكتفريط، وتَّعَدٍّ، وتعدد بيع فاسد.

فَسَدَتْ.

فسدت)[١]، لكثرة الغرر فيها، ولأنها تضمنت كفالة، وغيرها، مما لا يقتضيه العقد.

* * *

---

(١) في كشاف القناع (٣/ ٥٣١): «ولكل منهما ـ أي الشريكين ـ ربح ماله، وله أجرة عمله، وكذا ما يستفيده له وحده، ويختص بضمان ما غصبه أو جناه، أو ضمنه عن الغير؛ لفساد الشركة، ولكل نفس ما كسبت وعليها ما اكتسبت».

* * *

بَابُ المُسَاقَاةِ

باب المساقاة[١]

من السقي؛ لأنه أهم أمرها بالحجاز[٢]، وهي دفع شجر له ثمر مأكول - ولو غير مغروس - إلى آخر ليقوم بسقيه، وما يحتاج إليه، بجزءٍ معلوم من ثمره[٣]، . . . .

---

(١) والمزارعة، والأصل فيهما السُّنَّة كما يأتي، وآثار الصحابة، والنظر الصحيح: فقد يملك الإنسان الشجر، لكن لا يملك العمل، وبالعكس، فاقتضى النظر الصحيح حلها، ويأتي كلام شيخ الإسلام في المزارعة.

(٢) مفاعلة من السقي؛ لأن العامل يسقي الشجر؛ لأنه أهم أمورهم؛ لأنهم يستقون من الآبار. (تحرير ألفاظ التنبيه: ص ٢١٦، والمطلع: ص ٢٦٢).

وأهل العراق يسمونها: المعاملة.

(٣) أو من الشجر والثمر، أو من الشجر.

ومن تعاريف الحنفية، كما في حاشية ابن عابدين (٩ / ٣٤٤): «دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره».

ومن تعاريف المالكية، كما في منح الجليل (٧ / ٣٨٤): «عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير غلته،لا بلفظ بيع، أو إجارة، أوجعل».

وعند الشافعية كما في حاشية الشرقاوي (٢ / ٧): «العقد على نخل أو شجر عنب لمن يتعهدهما بجزء معلوم مما يخرج منهما».

. . . .

تَصِحُّ

(تصح)[(١)] المساقاة ....

(١) فالمذهب، هو قول جمهور أهل العلم، وبه قال أبو يوسف، ومحمد من الحنفية: أن المساقاة جائزة شرعاً؛ لما أورده المؤلف من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - وعمل الصحابة - رضي الله عنهم -.

وبالقياس على المضاربة، من حيث الشركة في النماء فقط، دون الأصل.

وعند أبي حنيفة: أنها غير مشروعة؛ لحديث رافع بن خديج - رضي الله عنه - وفيه: «من كان له أرض فَلْيَزْرَعْها، أو لِيزْرِعْها أخاه، ولا يكارها بثلث، ولا ربع، ولا بطعام مسمًّى» رواه مسلم.

وهذا الحديث، وإن كان وارداً في المزارعة، غير أن معنى النهي، وهو الكراء بجزء من الخارج من الأرض، وارد في المساقاة أيضاً. (بدائع الصنائع: ٦ / ١٧٥-١٨٥).

ولحديث أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: **«نهى عن بيع الغرر»** رواه مسلم. وغرر المساقاة متردد بين ظهور الثمرة وعدمها، وبين قلتها وكثرتها، فكان الغرر أعظم، فاقتضى أن يكون القول بإبطالها أحق. (الحاوي: ٩ / ١٦٣).

والراجح قول جمهور أهل العلم؛ وحمل حديث رافع، ونحوه على الكراهة كما في نيل الأوطار ٥ / ٢٧٧، أو أن ذلك كان في أول الإسلام، أو أن المنهي عنه إذا اشترط لأحدهما شيء معين.

وأما الغرر فيأتي في كلام شيخ الإسلام أن المساقاة آصل من المؤاجرة. وانظر تهذيب السنن ٥ / ٥٨. والمبسوط: ٢٣ / ١٧، وحاشية ابن عابدين ٥ / ١٨١، والمدونة ٤ / ٢، والكافي لابن عبدالبر: ٢ / ١٠٦، والحاوي: ٩ / ١٦٤، وكشاف القناع: ٣ / ٥٣٢).

....

عَلَى شَجَرٍ لَهُ ثَمَرٌ يُؤْكَلُ،

(على شجر له ثمر يؤكل)(١) من نخل وغيره. . . . .

---

(١) وهذا هو المذهب، وعند الحنفية: لا يشترط في صحة المساقاة نوع معين من الشجر، فالمثمر وغير المثمر سواء في صحة العقد، فتصح في الحور، والصفصاف، وفيما يتخذ للسقف والحطب، كما تصح في جميع البقول مثل الكرات، والسلق، ونحو ذلك، والرطاب كالقثاء، والبطيخ، والرمان، والعنب، والسفرجل، فإن ساقى عليها قبل الجذاذ كان المقصود الرطبة، فيقع العقد على أول جزة، وإن ساقى بعد انتهاء جذاذها؛ كان المقصود البذر، فيصح العقد باعتبار قصد البذر كما يقصد الثمر من الشجر، واستدلوا: بأن الجواز للحاجة، وقد عمت، وأثر خيبر لا يخصها؛ لأن أهلها كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضاً.

وعند المالكية: الشجر الذي يساقى على قسمين:

الأول: ماله أصول ثابتة، ويشترط فيه شرطان:

(أ) أن يكون مما يثمر في عامه، فلا يصح في صغار الأشجار، وتصح فيما كان في معنى الثمر من ذوات الأزهار والأوراق المنتفع بها، كالورد والياسمين.

(ب) أن يكون مما لا يخلف، وهو الذي إذا قطف منه ثمرة لا يثمر في العام نفسه.

الثاني: ما ليست له أصول ثابتة؛ كالمقاثي، والزرع، وهذا تصح مساقاته عند المالكية، بالشروط الآتية:

(أ) أن يكون العقد بعد ظهورها.

(ب) أن يكون العقد قبل بدو صلاح ثمرها. =

. . . .

....

لحديث ابن عمر: «**عامل النبي ﷺ أهل خيبر، بشطر** [1] «**ما يخرج منها من ثمر أو زرع**» متفق عليه(١).

= (جـ) أن يعجز رب الأرض عن تعاهدها.
(د) أن يكون مما لا يخلف بعد قطفه.
(هـ) أن يخاف موتها لو ترك العمل فيها.
وعند الشافعية: لا تصح المساقاة إلا على النخيل والكرم، فلا تصح على ما لا ساق له، كالبطيخ والقثاء والباذنجان، ولا تصح - أيضاً - في القول الجديد - على ما كان شجراً غير النخل والكرم، وفي القديم: تصح على جميع الأشجار.
ودليل اختصاص المساقاة في النخل والكرم: أن النبي ﷺ أخذ صدقة ثمرتها بالخرص، وثمرها مجتمع بائن من شجره، لا حائل دونه يمنع إحاطة الناظر إليه.
(تنوير الأبصار: ٥/١٨٣، والعناية على الهداية: ٨/٣٩٩، ومواهب الجليل: ٥/٣٧٢، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣/٥٤١، والحاوي: ٩/١٦٩، وشرح المحلي على المنهاج: ٣/٦١، والمغني: ٧/٥٣١).
(١) أخرجه البخاري: (٣/٥٥) - الإجارة - باب: إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما، (٣/٦٨، ٦٩) - الحرث والمزارعة - باب: المزارعة بالشطر ونحوه، وباب: إذا لم يشترط السنين في المزارعة، وباب: المزارعة مع اليهود، (٣/١١٣)- باب: الشروط في المعاملة - (٥/٨٤) - المغازي - باب: معاملة النبي ﷺ أهل خيبر، ومسلم: (٣/١١٨٦) - المساقاة - (ح: ١، ٢، ٣).

....

وَعَلَى ثَمَرَةٍ مَوْجُودَةٍ،

وقال أبو جعفر(١): «**عامل النبي ﷺ [أهل][١] خيبر بالشطر]**[١]، **ثم أبو بكر، ثم عمر، ثم عثمان، ثم علي، ثم أَهلُوهُمْ، إلى اليوم يعطون الثلث أو الربع**»(٢)، ولا تصح على ما لا ثمر له كالحور(٣) أو له ثمر غير مأكول كالصنوبر(٤) والقرظ(٥).

(**و**) تصح المساقاة أيضاً (**على**) شجر ذي (**ثمرة**[٢] **موجودة**) لم

---

(١) أبو جعفر: محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب، ثقة، فاضل، توفي سنة ١١٥هـ.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة: (٦/٣٣٨) - البيوع - ح ١٢٧٢)، وابن زنجويه في الأموال: (١/٢٢٩ - ح ٣٠٠)، وابن حزم في المحلى: (٨/٢١٤) من طريق الحجاج بن أرطاة عن أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين المشهور بالباقر، وإسناده ضعيف؛ لأن فيه الحجاج بن أرطأة، وهو كثير الخطأ والتدليس، ولم يصرح بالسماع في روايته عن أبي جعفر، كما أن أبا جعفر روى الحديث مرسلاً، ومراسيله غير صحيحة.

(٣) في لسان العرب (٤/٢٢٢): «والحَوَر: بفتح الواو نبت».

(٤) في المصباح (٢/٣٤٨): «الصنوبر: وزان سفرجل شجر معروف، ويتخذ منه الزفت».

(٥) في المصباح (٢/٤٩٩): «القرظ: حب معروف يخرج في غُلُفٍ؛ كالعدس من شجرة العِضَاة ...».

وتقدم مذهب الحنفية: صحة المساقاة على كل شجر مثمر، أو غير مثمر.

---

[١] ساقط من / ف. [١-١] ساقط من / ش.

[٢] في / م، ف بلفظ: (ثمر).

وَعَلَى شَجَرٍ يَغْرِسُهُ، وَيَعْمَلُ عَلَيْهِ حَتَّى يُثْمِرَ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَرَةِ،

تكمل، تنمى بالعمل(١)؛ كالمزارعة على زرع نابت؛ لأنها إذا جازت في المعدوم مع كثرة الغرر، ففي أرض الشجر الموجود وقلة الغرر أولى.

(و) تصح أيضاً (**على شجر يغرسه**) في أرض رب الشجر، (**ويعمل عليه حتي يثمر**)(٢)، احتج الإمام بحديث خيبر، ولأن العوض والعمل معلومان فصحت[١] كالمساقاة[٢] على شجر مغروس (**بجزء من الثمرة**) مشاع معلوم(٣)، وهو متعلق بقوله: «تصح» فلو شرطا في المساقاة الكلَّ لأحدهما، أو آصعاً[٣] معلومة، أو ثمرة شجرة معينة، لم

(١) أي تزيد به الثمرة؛ كالتأبير، والسقي، وإصلاح الثمرة. وفي الإفصاح (٢/ ٤٧): «واختلفوا هل تجوز المساقاة على ثمرة موجودة؟ فقال مالك: يجوز ما لم تَزْهُ، فإذا زهت وجاز بيعها فإنه لا تجوز المساقاة.
وعن الشافعي قولان: الجديد منهما: أنها لا تجوز، وعن أحمد روايتان: أظهرهما: الجواز».

(٢) وهذا هو المذهب، فعلى المذهب يكون الغرس من رب الأرض، فإن شرطه على العامل؛ فحكمه حكم المزارعة إذا شرط البذر من العامل.
وقيل: لا تصح، قال القاضي: المعاملة باطلة. (الإنصاف مع الشرح: ١٤/ ١٩٤).

(٣) وهذا باتفاق الأئمة.
(بدائع الصنائع: ٦/ ١٨٦، والقوانين الفقهية: ص ١٨٤، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٥٤٠، ومغني المحتاج: ٢/ ٣٢٦، وكشاف القناع: ٣/ ٥٣٥).

[١] في / م، ف، س بلفظ: (صحت). [٢] في / ف بلفظ: (المساقاة).

[٣] في / س بلفظ (آضعا).

. . . .

تـصـح(١)، وتصح المناصبة والمغارسة، وهي: دفع أرض وشجر لمن يغرسه ـ كما تقدم(٢)ـ بجزء مشاع معلوم من الشجر(٣).

(١) لما روى رافع بن خديج ـ رضي الله عنه ـ قال: «**إنما كان الناس يؤاجرون على عهد رسول الله ﷺ بما على الماذِيَانَات، وأقبال الجداول، وأشياء من الزرع فيهلك هذا، ويسلم هذا، ويسلم هذا، ويهلك هذا، ولم يكن للناس كرىً إلا هذا؛ فلذلك زجر عنه، فأما شيء معلوم مضمون؛ فلا بأس به**» رواه مسلم.
وقـولـه: «**الماذيانات**»: **ما ينبت** على حافة النهر، ومسايل الماء، وقوله: «**وأقبال الجداول**»: أي السواقي. (ينظر: النهاية في غريب الحديث ٤/٣١٣، ونيل الأوطار ٥/٢٧٦).
قال شيخ الإسلام، كما في مجموع الفتاوى (٣٠/١٢١): «والذي نهى عنه النبي ﷺ من المخابرة هو أنهم كانوا يعاملون ويشترطون للمالك منفعة معينة من الأرض، وهذا باطل بالاتفاق، كما لو اشترط دراهم مقدرة في المضاربة، أو ربح صنف بعينه من السلع، والمساقاة، والمزارعة، والمضاربة ليست من أنواع الإجارة التي يشترط فيها تقدير العمل والأجرة، وإنما هي من جنس المشاركة، فإنهما يشتركان بمنفعة بدن هذا، ومنفعة مال هذا، وهما مشتركان في المغنم والمغرم».
(٢) في قوله: «**وتصح ـ أيضاً ـ على شجر يغرسه**».
(٣) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤/١٩٧): «لو كان الاشتراك في الغراس والأرض؛ فسد وجهاً واحداً. قاله المصنف ـ ابن قدامه ـ والشارح والناظم وغيرهم، وقال الشيخ تقي الدين: قياس المذهب صحته، قلت: وصحح **المالكيون: المغارسة في الأرض الملك لا الوقف بشرط استحقاق العامل جزءاً من الأرض مع قسط من الشجر**».

. . . .

وَهُوَ عَقْدٌ جَائِزٌ،

(وهو) أي: [عقد][١] المساقاة والمغارسة والمزارعة (**عقد جائز**)(١) من الطرفين قياساً على المضاربة؛ لأنها عقد على جزء من النماء في المال، فلا يفتقر إلى[٢] ذكر مدة(٢).

---

(١) وهذا هو المذهب، لما علل به المؤلف، ولحديث ابن عمر - رضي الله عنهما - في معاملة النبي ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر، أو زرع، وفيه: «**نقركم على ذلك ما نشاء**» متفق عليه. ولو كانت عقداً لازماً؛ لم يجز أن تكون الخيرة للمسلمين في مدة إقرارهم، ولما جاز - أيضاً - أن تكون من غير توقيت.

وعند جمهور أهل العلم: أنها عقد لازم، لا خيرة لواحد من المتعاقدين في فسخه. لقوله - تعالى -: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ وقوله - تعالى -: ﴿**وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً**﴾، ولأنها كالإجارة حيث ورود العقد على عمل يتعلق بالعين مع بقائها.

وأجيب عن حديث ابن عمر - رضي الله عنهما -: بأن النبي ﷺ لم يرد إقرار اليهود في جزيرة العرب، ولذلك أمر بإخراجهم آخر حياته.

(المبسوط: ٢٣ / ١٠١، وبدائع الصنائع: ٦ / ١٨٥، والشرح الكبير للدردير: ٣ / ٥٤٥، ومغني المحتاج: ٢ / ٣٢٩، وكشاف القناع: ٣ / ٥٣٧).

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧ / ٥٤٣): «فأما إن قلنا: إنه عقد لازم؛ فلا يصح إلا على مدة معلومة، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو ثور: تصح من غير ذكر مدة، ويقع على سنة واحدة؛ لأنه لما شرط له جزءاً من الثمرة كان فيها. =

---

[١] ساقط من / ف.

[٢] في / س بلفظ: (إلى ما).

فَإِنْ فَسَخَ الـمَالِكُ قَبْلَ ظُهُورِ الثَّمَرَةِ فَلِلْعَامِلِ الأُجْرَةُ، وَإِنْ فَسَخَهَا هُوَ فَلاَ شَيْءَ لَهُ،

ولكل منهما فسخها[١] متى شاء(١)، (**فإن فسخ المالك قبل ظهور الثمرة؛ فللعامل الأجرة**) أي: أجرة مثله؛ لأنه منعه من إتمام عمله[٢] الذي يستحق به العوض(١)، (**وإن فسخها هو**)، أي: فسخ العامل المساقاة قبل ظهور الثمرة (**فلا شيء له**)؛ لأنه رضي بإسقاط حقه(٢)،

= ولنا: أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة كالإجارة .... فعلى هذا لا تتقدر أكثر المدة، بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى فيها الشجر وإن طالت ... فأما أقل المدة؛ فيتقدر بمدة تكمل فيها الثمرة؛ لأن المقصود أن يشتركا في الثمرة، ولا يوجد في أقل من هذه المدة» ا.هـ.

(١) على القول بأنها عقد جائز.

(٢) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف. ولأنه عمل على الشجر عملاً مؤثراً في الثمرة، فاستحق أجرة مثله. (المصدر السابق).

وقال شيخ الإسلام، كما في الاختيارات (ص ١٥١): «وإذا فسدت المزارعة، أو المساقاة، أو المضاربة؛ استحق العامل نصيب المثل، وهو ما جرت به العادة في مثله، لا أجرة المثل». وبه قال ابن القيم ـ رحمه الله ـ كما في الطرق الحكمية (ص٢٨٩ ـ ٢٩٠).

(٣) كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح، وعامل الجعالة إذا فسخ قبل إتمام العمل. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤/ ٢٠٣).

قال شيخ الإسلام، كما في الاختيارت (ص ١٤٩): «وإذا ترك العامل العمل حتى فسد الثمر، فينبغي أنه يجب عليه ضمان نصيب المالك، وينظر كم يجيء لو عمل بطريق الاجتهاد؟ كما يضمن لو يبس الشجر، وهذا لأن تركه العمل من غير فسخ العقد حرام وغرر».

---

[١] في / س بلفظ: (فسخهما). [٢] في / ظ. بلفظ: (العمل).

وَيَلْزَمُ العَامِلَ كُلُّ مَا فِيهِ صَلاحُ الثَّمَرَةِ؛ مِنْ حَرْثٍ وَسَقْيٍ وَزِبَارٍ

وإن انفسخت بعد ظهور الثمرة؛ فهي بينهما على ما شرطا[١]، ويلزم العامل تمام العمل كالمضارب(١).

(ويلزم العامل كل ما فيه صلاح الثمرة من حرث وسقي وزبار)(٢) .

---

(١) كما يلزم المضارب بيع العروض إذا قسمت المضاربة بعد ظهور الربح.
(الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤ / ٢٠٣).

(٢) وهذا هو المذهب.
وعند الحنفية: لا يخلو من حالين:
الأول: أن ما كان من عمل قبل إدراك الثمر من السقي، والتلقيح، والحفظ؛ فهو على العامل، وما بعد الإدراك كالجذاذ، وحفظه، فهو عليهما في ظاهر الرواية، وعلى هذا لو شرط قطف الثمر على العامل؛لم يجز؛ لأنه لا عرف فيه.
الثاني: ما لا تبقى منفعته بعد مدة العقد؛ فهو على العامل، فاشتراطه عليه لا يفسد العقد، وما تبقى منفعته بعدها كغرس الأشجار، ونصب العرائش، وإلقاء السرقين فاشتراطه على العامل يفسد العقد. (ينظر: الهداية ٤ / ٤٤، وحاشية ابن عابدين ٩ / ٣٥١).
وعند المالكية: أن كل ما يفتقر إليه الثمر عرفاً؛ يجب على العامل، ولو بقي بعد المساقاة، ولا يشترط تفصيل العمل، ويحمل على العرف؛ إن كان منضبطاً، وإلا لابد من البيان.
وعند الشافعية: قال الماوردي: العمل المشروط في المساقاة على أربعة أضرب:
أحدها: ما يعود نفعه على الثمرة دون النخل، مثل إبار النخل، وتصريف الجريد، وتلقيح الثمرة، وجذاذها، فهذا ينقسم إلى ثلاثة أقسام:
(أ) قسم يجب **على العامل** فعله بغير شرط، وهو **كل ما لا تحصل الثمرة** =

---

[١] في / ف. بلفظ: (على شرط).

. . . .

. . . .

= إلا به كالتلقيح والإبار.

(ب) وقسم لا يجب عليه فعله إلا بالشرط، وهو كل ما فيه مستزاد للثمرة، وقد تصلح بعدمه كتصريف الجريد، وتدلية الثمرة.

(جـ) وقسم مختلف فيه، وهو كل ما تكاملت الثمرة قبله؛ كاللقاط والجذاذ، ففيه وجهان:

الأول: أنه لا يجب على العامل إلا بالشرط، لتكامل الثمرة بعدمه.

الثاني: أنه يجب على العامل بغير شرط؛ لأن الثمرة لا تستغني عنه، وإن تكاملت قبله.

الضرب الثاني: ما يعود نفعه على النخل دون الثمرة، مثل شد الحظائر، وحفر الآبار، وشق السواقي،وكري الأنهار،ونحو ذلك، فلا يجوز اشتراط شيء من ذلك على العامل، فإن شرط؛ كان باطلاً، والمساقاة فاسدة.

وقال بعض الشافعية: يبطل الشرط وحده، دون المساقاة.

الضرب الثالث: ما يعود نفعه على النخل والثمرة؛ كالسقي، وقطع الحشيش المضر، ونحو ذلك، فإن كان مما لا تصلح الثمرة إلا به كالسقي فيما لا يشرب بعروقه من النخل حتى يسقى سيحاً؛ فهو على العامل، وإلا ففيه ثلاثة أوجه:

الأول: أنه واجب على العامل بنفس العقد، واشتراطه تأكيد، لما فيه من صلاح النخل، وزيادة الثمرة.

الثاني: أنه واجب على رب النخل، واشتراطه على العامل مبطل للعقد؛ لأنه بصلاح النخل أخص منه بصلاح الثمرة. =

. . . .

وَتَلْقِيحٍ وَتَشْمِيسٍ وَإِصْلَاحِ مَوْضِعِهِ وَطُرُقِ المَاءِ وَحَصَادٍ وَنَحْوِهِ، وَعَلَى رَبِّ المَالِ مَا يُصْلِحُهُ

بكسر الزاي، وهو قطع الأغصان الرديئة من الكرم[١]، (**وتلقيح وتشميس**[٢]، **وإصلاح موضعه**[٣])، وإصلاح (**طرق الماء، وحصاد، ونحوه**)[٤]، كآلة حرث، وبقرة، وتفريق زِبْلٍ[٥]، وقطع حشيش مضر، وشجر يابس[٦]، وحفظ ثمر على شجر إلى أن يقسم[٧]، (**وعلى رب المال ما يصلحه**)

= **الثالث**: أنه لا يلزم واحداً منهما، ويجوز اشتراطه على العامل؛ لما فيه من زيادة الثمرة، ويجوز اشتراطه على رب النخل؛ لما فيه من صلاح النخل.
الضرب الرابع: ما لا يعود نفعه على النخل ولا على الثمرة؛ كاشتراطه على العامل أن يبني له بيتاً أو يخدمه شهراً، فهذه شروط تنافي العقد وتمنع صحته، لعدم تعلقها بالعقد. (الحاوي: ٩ / ١٧٩).

(١) وقطع ما يحتاج الشجر إلى قطعه كجريد النخل.

(٢) التلقيح: وضع الذكر في الأنثى، والتشميس: جعل الثمر في الشمس إذا كان محتاجاً إلى ذلك. (المطلع ص ٢٦٣).

(٣) أي: موضع التشميس، وكذا تصفية الزرع.

(٤) كجذاذ.

(٥) بكسر فسكون: أي سماد. (ينظر: المصباح ١ / ٢٥٠).

(٦) وعلى العامل آلة القطع.

(٧) ونقله إلى مكان حفظه، ولا يشترط تفصيل ما يلزم العامل من عمله، بل يحمل المطلق في كل مكان، على عرفه الغالب.

كَسَدٌ حَائِطٍ وَإِجْرَاءِ الأَنْهَارِ وَالدُّولابِ وَنَحْوِهِ.

أي: ما يحفظ الأصل، (**كسد حائط**[١]، **وإجراء الأنهار**)، وحفر البئر، (**والدولاب**[٢]، **ونحوه**) كآلته التي تديره ودوابه[٣]، وشراء ما يلقح به، وتحصيل ماء[٤]، وزبل، والجذاذ عليها بقدر حصتيهما[٥]، إلا أن

---

(١) بناؤه، أو بناء ما انهدم منه.

(٢) وهو ما تديره الدواب، وكذا آلته التي تديره. (ينظر: كشاف القناع ٣/ ٥٤٠).

(٣) قال ابن قدامة كما في المغني (٧/ ٥٣٩): «فأما البقرة التي تدير الدواب، فقال أصحابنا: هي على رب المال؛ لأنها ليست من العمل وأشبهت ما يلقح به، والأولى: أنها على العامل؛ لأنها تراد للعمل فأشبهت بقر الحرث».

(٤) ولو نفد لزمه الحفر.

(٥) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الحنفية.

وعلله الحنفية: بأنه ليس من أعمال المساقاة؛ لانتهائها بالإدراك حتى لا يجوز اشتراطها على العامل؛ لأنه لا عرف في ذلك.

وعند المالكية، والشافعية، ورواية عن الإمام أحمد: أنها على العامل؛ لأن النبي ﷺ دفع خيبر إلى يهود؛ على أن يعملوها من أموالهم؛ ولأنه من العمل؛ فكان على العامل كالتشميس.

(الهداية: ٤/ ٤٤، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣/ ٥٤٤، ومغني المحتاج: ٢/ ٣٢٩، والمغني: ٧/ ٥٤٠، والإنصاف: ٥/ ٤٨٦).

. . . .

- - - - - - - - - - - - - - - - - - - -

يشترطه [على][١] العامل(١)، والعامل فيها كالمضارب[٢] فيما يقبل، ويرد، وغير ذلك(٢).

* * *

(١) لحديث أبي هريرة مرفوعاً: «**المسلمون على شروطهم**». علقه البخاري بصيغة الجزم، أو كان هناك عرف، إذ المعروف عرفاً؛ كالمشروط لفظاً.

(٢) أي: والعامل في المساقاة والمزارعة كالمضارب فيما يقبل قوله فيه، وما يرد، وما يبطل العقد، وفي الجزء المقسوم، وهذا هو المذهب.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤/٢٢٣): «وإن ثبتت خيانته؛ ضم إليه من يشارفه، فإن لم يمكن حفظه؛ استؤجر من ماله من يعمل العمل، وهذا بلا نزاع، لكن: إن اتهم بالخيانة ولم تثبت؛ فقال المصنف – ابن قدامة –: يحلف كالمضارب. قلت: وهو الصواب، وقال غيرهم: للمالك ضم أمين بأجرة من نفسه ....».

* * *

[١] ساقط من / ق.

[٢] في / ق. بلفظ: (كالمضاربة).

فصلٌ

وَتَصِحُّ المُزَارَعَةُ

فصل

(وتصح المزارعة)[١][٢] لحديث خيبر السابق، وهي دفع أرض

---

(١) والمزارعة في اللغة: من زرع الحب زرعاً، وزراعة: بذره.
وزرع الله الحرث: أنبته وأنماه، وزارعه مزارعة: عامله بالمزارعة.
(المصباح: ١/ ٢٥٢، ولسان العرب: مادة زرع).

(٢) فالمذهب ـ وبه قال صاحبا أبي حنيفة ـ: مشروعية المزارعة مطلقاً؛ لحديث ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ: «أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع» متفق عليه.
ولإجماع الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ عليها قولاً وعملاً، ولم يخالف في ذلك أحد منهم، وقياساً على المضاربة.
وللحاجة إليها فإن صاحب المال قد لا يهتدي إلى العمل، والمهتدي إليه قد لا يجد المال؛ فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد.
وعند أبي حنيفة: عدم جوازها مطلقاً؛ لما روى رافع بن خديج ـ رضي الله عنه ـ قال: كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ، فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، وطواعية الله ورسوله أنفع لنا. قال: قلنا: وما ذاك؟ قال: قال رسول الله ﷺ: **«من كانت له أرض فليزرعها، أو ليزرعها أخاه، ولا يكريها بثلث، ولا ربع، ولا بطعام مسمًّى»** رواه مسلم.
وعند الإمام مالك: لا يجوز إعطاء الأرض مزارعة إلا أن تكون أرضاً =

بِجُزْءٍ مَعْلُومِ النِّسْبَةِ مِمَّا يَخْرُجُ مِنَ الأَرْضِ لِرَبِّهَا، أَوْ لِلْعَامِلِ وَالْبَاقِي لِلآخَرِ،

وحب لمن يزرعه ويقوم عليه(١)، أو حب مزروع[١] ينمى بالعمل لمن يقوم عليه (**بجزء**)[٢] مشاع (**معلوم النسبة**) كالثلث، أو الربع، ونحوه(٢) (**مما يخرج من الأرض لربها**) أي: لرب الأرض، (**أو للعامل والباقي للآخر**)

= وشجراً، ومقدار البياض من الأرض ثلث مقدار الجميع.

وعند الشافعية: تجوز المزارعة تبعاً للمساقاة، فتجوز في البياض بين النخل والعنب.

(بدائع الصنائع: ٦/ ١٧٥، والمدونة: ٩/ ٥٥٢، والشرح الصغير: ٢/ ٢٦٠، ونهاية المحتاج: ٥/ ٢٤٥، ومغني المحتاج: ٢/ ٣٢٣، ومنتهى الإرادات: ١/ ٤٧١).

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٥٠): «والمزارعة آصل من الإجارة؛ لاشتراكهما في المغرم والمغنم». وتقدم الجواب عن حديث رافع بن خديج أول الباب، وانظر جواب ابن القيم في تهذيب السنن ٥/ ٥٨، ٦٢، ٦٤.

(١) ومن تعاريف الحنفية: عقد على الزرع ببعض الخارج بشرائطه الموضوعة له شرعاً.

ومن تعاريف المالكية: الشركة في الزرع.

ومن تعاريف الشافعية: عمل على أرض ببعض ما يخرج منها، والبذر من المالك.

(تكملة البحر الرائق: ٨/ ١٨١، وتبيين الحقائق: ٥/ ٢٧٨، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٣٧٢، ومغني المحتاج: ٢/ ٣٢٤).

(٢) كالنصف، أو أقل، أو أكثر.

[١] ف / س. بلفظ: (من زرع وينمى).

[٢] في / س. بلفظ: (ومشاع).

وَلاَ يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْبَذْرِ وَالغِرَاسِ مِنْ رَبِّ الأَرْضِ،

أي: إن شرط الجزء المسمى لرب الأرض فالباقي[١] للعامل، [وإن شرط[٢] للعامل] فالباقي لرب الأرض؛ لأنهما يستحقان ذلك، فإذا[٣] عين نصيب أحدهما منه؛ لزم أن يكون الباقي للآخر.

(**ولا يشترط**) في المزارعة والمغارسة (**كون البذر والغراس من رب الأرض**)(١)، فيجوز أن يخرجه العامل في قول عمر، وابن مسعود، وغيرهما(٢)،

---

(١) فالمذهب، كما سيأتي في كلام المؤلف، وهو مذهب الشافعية: يشترط كون البذر من رب الأرض؛ لأنه عقد يشترك رب المال والعامل في نمائه، فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما؛ كالمساقاة والمضاربة.
وعند الحنفية: يجوز أن يكون البذر من المزارع، ويجوز أن يكون من صاحب الأرض، ولا يجوز أن يكون منهما، فيجب بيان من عليه البذر.
وعند المالكية: يجوز أن يكون البذر من أيهما، ومنهما معاً؛ بشرط ألا يكون مقابل الأرض بممنوع، وهو مقابلة بطعام، أو بما تنبته ولو لم يكن طعاماً؛ كالقطن والكتان.
(المبسوط: ٢٣ / ١٩، وبدائع الصنائع: ٥ / ١٧٧، وحاشية الدسوقي: ٣ / ٣٧٣، والخرشي: ٦ / ٦٣، وروضة الطالبين: ٥ / ١٧١، والإنصاف: ٥ / ٤٨٣).

(٢) رأي عمر في عدم اشتراط البذر على صاحب الأرض، أخرجه البخاري معلقاً بصيغة الجزم: (٣ / ٦٨) – الحرث والمزارعة – باب: المزارعة بالشطر، والطحاوي في شرح معاني الآثار: (٤ / ١١٤) – المزارعة =

---

[١] في / ف، هـ. بلفظ: (والباقي).

[٢] ساقط من / ز.

[٣] في / ط. بلفظ: (فإن).

وَعَلَيْهِ عَمَلُ النَّاسِ.

ونص عليه في رواية مهنا[١]،وصححه في «المغني»[٢]،و «الشرح»[٣]، واختاره أبو محمد الجوزي[٤]، والشيخ تقي الدين[٥] **(وعليه عمل الناس)**؛

= والمساقاة -، وابن حزم في المحلى: (٨/ ٢١٥)، والبيهقي: (٦/ ١٣٥).
أما رأي ابن مسعود؛ فأخرجه ابن أبي شيبة: (٦/ ٣٣٧) عن موسى بن طلحة قال: «كان سعد وابن مسعود يزارعان بالثلث والربع». وأخرج نحوه عبدالرزاق: (٨/ ٩٩ - ح ١٤٤٧٠)، وابن أبي شيبة: (٦/ ٣٣٧ - ح ١٢٦٧)، والطحاوي في شرح معاني الآثار: (٤/ ١١٤).
وقال البخاري في صحيحه: (٣/ ٦٨): «وزارع عليٌّ، وسعد بن مالك، وعبدالله بن مسعود ...».
هذه الآثار ذكرها البخاري في صحيحه معلقة بصيغة الجزم، وهو حكم منه بصحته عن المضاف إليه.

(١) «المغني»: (٧/ ٥٦٢).

(٢) «المغني»: (٧/ ٥٦٢).

(٣) «الشرح الكبير مع الإنصاف»: (١٤/ ٢٤١).

(٤) «الإنصاف»: (٥/ ٤٨٣).

(٥) «مجموع الفتاوى»: (٣٠/ ١٢١)، وقال: «وكذلك يجوز، على أصح القولين في مذهب أحمد وغيره، أن يكون البذر من العامل، كما فعل النبي ﷺ مع أهل خيبر، وتشبيه ذلك بمال المضاربة فاسد، فإن البذر لا يعود إلى باذره كما يعود مال المالك». وعند ابن القيم: أن المزارعة التي يكون فيها البذر من العامل أولى بالجواز من المزارعة التي يكون فيها البذر من رب الأرض. (ينظر: الطرق الحكمية ص٢٨٦) وزاد المعاد.

. . . .

. . . .

لأن الأصل المعول عليه في المزارعة[١] قصة خيبر، ولم يذكر النبي ﷺ أن البـذر[٢] على المسلمين، وظاهر المذهب: اشتراطه. نص عليه في رواية جماعة، واختاره عامة الأصحاب(١)، وقدمه في «التنقيح»(٢)، وتبعه المصنف[٣] في «الإقناع»(٣) وقطع به في «المنتهى»(٤). وإن شرط رب الأرض أن يأخذ مثل بذره ويقتسما[٤] الباقي؛ لم يصح(٥)،

(١) «الإنصاف»: (٥/٤٨٣).
(٢) ص (٢١٨).
(٣) (٢/٢٨١).
(٤) «المنتهى مع شرحه»: (٢/٣٤٦).
(٥) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤/٢٤٦): «هذا هو المذهب، نص عليه، وعليه الأصحاب، وفي الشرح الكبير؛ لأن الأرض ربما لا تخرج إلا تلك القفزان فيختص رب المال بها ... ويتوجه تخريج من المضاربة، وجوز الشيخ تقي الدين أخذ البذر، أو بعضه بطريق القرض، وقال: يلزم من اعتبر البذر من رب الأرض وإلا فقوله فاسد، وقال ـ أيضاً ـ: تجوز كالمضاربة، وكاقتسامها ما يبقى بعد الكلف، وقال ـ أيضاً ـ: ويتبع في الكلف السلطانية العرف ما لم يكن شرط، واشتراط عمل الآخر حتى يثمر ببعضه، قال: وما طلب من قرية من وظائف سلطانية ونحوها فعلى=

[١] في /ط . بلفظ: (قضيه).
[٢] في / أ ، ف. بلفظ: (النذر).
[٣] في / س. بلفظ: (المغني).
[٤] في / ف، م. بلفظ: (ويقسما).

. . . .

وإن كان في الأرض [١-شجر فزراعه على الأرض وساقاه على الشجر صح(١)، وكذا لو أجره الأرض-١] وساقاه على شجرها فيصح(٢) ما لم يتخذ حيلة على بيع الثمرة قبل بدو صلاحها(٣). وتصح مساقاة ومزارعة بلفظهما[١] ولفظ المعاملة وما في معنى ذلك(٤) ولفظ إجارة(٥)؛

= قدر الأموال، وإن وضعت على الزرع؛ فعلى ربه، أو على العقار؛ فعلى ربه، ما لم يشترطه على مستأجر، وإن وضع مطلقاً؛ رجع إلى العادة».

(١) في الإنصاف: «بلا نزاع».

وفي الشرح الكبير: «سواء قل بياض الأرض أو كثر؛نص عليه أحمد، وقال: قد دفع النبي ﷺ خيبر على هذا. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤ / ٢٣٨).

(٢) لأنهما عقدان يجوز إفراد كل واحد منهما، فجاز الجمع بينهما؛ كالبيع والإجارة. (المصادر السابقة).

(٣) وصورة الحلية: أن يأجره الأرض بأكثر من أجرتها، ويساقيه على الشجر بجزءٍ من ألف جزء ونحوه. (الإقناع: ٢ / ٢٨١).

(٤) كالمفالحة وكالعمل ببستاني، أو تعهد نخلي، أو اسقه، وتقدم حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - قريباً: «**عامل النبي ﷺ أهل خيبر** ..» متفق عليه؛ لأن القصد المعنى، فإذا دل عليه بأي لفظ كان؛ صح، وصفة القبول بما يدل عليه من قول أو فعل.

(٥) فلو قال: استأجرتك لتعمل على هذا الحائط بنصف ثمرته أو زرعه؛ صح، ولا يكون إجارة.

[١-١] ساقط من / ف.   [١] في / س. بلفظ: (بلفظها).

. . . .

لأنه مؤد للمعنى.

وتصح إجارة أرض بجزء مشاع مما يخرج منها[٤]، فإن لم تزرع

---

(١) كأجرتك هذه الأرض بربع ما يخرج منها من زرع مثلاً، وهي إجارة يشترط لها شروط الإجارة.

تجوز إجارة الأرض بالذهب والفضة، وسائر العروض غير المطعوم في قول عامة أهل العلم؛ لما روى رافع بن خديج: «**أما الذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي ﷺ**» متفق عليه. **فأما إجارتها بطعام؛ فتنقسم ثلاثة أقسام:**

أحدها: أن يؤجر بطعام معلوم غير الخارج منها، فيجوز. نص عليه، وهو قول أكثر أهل العلم، ومنع منه مالك حتى منع إجارتها باللبن والعسل، وروى ظهير بن رافع قال: دعاني رسول الله ﷺ، فقال: «ما تصنعون بمحاقلكم؟ قلت: نؤاجرها على الربع، أو على الأوسق من التمر أو الشعير. قال: «**لا تفعلوا ازرعوها أو أمسكوا**» متفق عليه. لكن يحمل المنع على المسمى الخارج منها.

الثاني: إجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها؛ كإجارتها بقفزان حنطة ليزرعها، ففيه روايتان:

الأولى: المنع - وهي قول مالك - لأنه ذريعة إلى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها.

والثانية: الجواز - وهي قول أبي حنيفة والشافعي - لما تقدم في القسم الأول.

الثالث: إجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها؛ كنصف وثلث، فالمنصوص=

. . . .

. . . .

نظر إلى معدل المغل فيجب القسط [المسمى][١](١).

* * *

= عن أحمد جوازه، وهو قول أكثر الأصحاب، واختار أبو الخطاب: لا تصح، وهو قول أبي حنيفة والشافعي. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤/٢٥٨).

(١) قوله: «معدل المغل» من إضافة الصفة إلى الموصوف، أي إلى المغل المعدل. أي: الموازن منها لو زرعت، والمراد غلتها في العادة، فيجب في الأرض القسط المسمى في العقد.

* * *

[١] ساقط من / ش.

بَابُ الإِجَارَةِ

باب الإجـارة(١)

مشتقه من الأجر وهو العوض(٢)، ومنه سمي الثواب: أجراً، وهي

---

(١) أي: باب أحكام الإجارة.

(٢) الإجارة: بكسر الهمزة على المشهور، اسم للأجرة، وهي كراء الأجير، ونقل الضم، والفتح فهي مثلثة، والأجرة: الكراء والكروة.

والأجر: عوض العمل، وجمعه أجور، وجمع الجمع: أجر. (القاموس: ١ / ٣٦٢، ولسان العرب: ٤ / ١٠، والمصباح: ١ / ٥).

والأصل في جواز الإجارة: الكتاب :كما في قوله ـ تعالى ـ: **﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾**.

ومن السنة: حديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ: **«ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة»** وعد منهم: **«رجلاً استأجر أجيراً فاستوفى منه، ولم يعطه أجره»** رواه البخاري.

وأما الإجماع: فقد أجمعت الأمة على العمل بها. (الإجماع لابن المنذر: ص ١٢٨).

وأما النظر: فلأن الإجارة وسيلة للتيسير على الناس في الحصول على ما يبتغونه من المنافع التي لا ملك لهم في أعيانها، فالحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فالفقير محتاج إلى مال الغني، والغني محتاج إلى عمل الفقير، ومراعاة حاجة الناس أصل في جواز العقود.

(المبسوط: ١٥ / ٧٤، وبدائع الصنائع: ٤ / ١٧٤، وبداية المجتهد: ٢ / ٢٤٠، وشرح المنتهى: ١٨٣).

. . . .

عقد على منفعة[1] . . . .

(١) فالمذهب وهو قول جمهور أهل العلم: أن مورد عقد الإجارة المنافع؛ لأنها هي التي يجوز التصرف فيها.

وعند بعض الشافعية كأبي إسحاق المروزي: هو العين؛ لأن المنافع معدومة.

وعند شيخ الإسلام وابن القيم: أن موارد العقد كل ما يتجدد ويحدث بدله مع بقاء العين سواء كان عيناً أو منفعة؛ كماء البئر، ولبن الظئر وغير ذلك.

(تبيين الحقائق: ٥/ ١٢٧، ومواهب الجليل: ٥/ ٤١٠، ومغني المحتاج: ٢/ ٣٣٣، وكشاف القناع: ٣/ ٥٤٦).

قال ابن القيم في الهدي ٥/ ٨٢٥: « ... منع كون عقد الإجارة لا يرد إلا على منفعة فإن هذا ليس ثابتاً بالكتاب ولا بالسنة ولا بالإجماع، بل الثابت عن الصحابة خلافه؛ كما صح عن عمر أنه قبل حديقة أسيد بن الحضير ثلاث سنين وأخذ الأجرة... فهذه إجارة الشجر لأخذ ثمرها... وغاية ما معكم قياس محل النزاع على إجارة الخبز للأكل والماء للشرب؛ وهذا من أفسد القياس؛ فإن الخبز تذهب عينه ولا يستخلف،... بخلاف اللبن، ونقع البئر فإنه يستخلف ويحدث شيئاً فشيئاً كان بمنزلة المنافع ».

وهل الإجارة على وقف القياس أو على خلاف القياس؟

جمهور أهل العلم: أنها على خلاف القياس؛ إذ هي بيع للمعدوم.

وعند شيخ الإسلام وابن القيم: أنها على وفق القياس؛ وأن بيع المعدوم الذي أبطلته الأدلة هو الوارد على الأعيان التي يمكن أن توجد عند التعاقد، أما الإجارة فإنها ترد على منافع يتعذر وجودها عند التعاقد.

(نتائج الأفكار: ٧/ ١٤٧، ومجموع الفتاوى: ٣/ ١٩٨، وإعلام الموقعين: ١/ ٤٥٤، وكشاف القناع: ٣/ ٥٤٧).

. . . .

. . . .

مباحة[١] معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة مدة معلومة، أو عمل معلوم بعوض معلوم[٢]، وتنعقد بلفظ الإجارة والكراء[١][٣] وما في معناهما[٤]، وبلفظ بيع إن لم يضف للعين[٥].

---

(١) قوله: «مباحة» أخرج المحرمة ويأتي؛ وقوله: «معلومة» أخرج المجهولة.

(٢) فالإجارة ضربان: الأول: أن تكون من عين معينة كآجرتك هذه السيارة، أو موصوفة في الذمة كآجرتك سيارة صفتها كذا وكذا.
الثاني: أن تكون على عمل معلوم؛ كبناء حائط، أو حمل متاع إلى موضع كذا، ونحو ذلك.

(٣) كآجرتك أو أكريتك، لأن هذين اللفظين موضعان لها، وهذا باتفاق الفقهاء.

(٤) مثل أن يقول: أعرتك هذه الدار شهراً بكذا؛ لأن العارية بعوض إجارة، أو وهبتك منافعها بكذا، أو ملكتك منافعها بكذا، أو صالحتك على أن تسكنها لمدة شهر بكذا، ونحو ذلك.

(٥) نحو: بعتك منفعتها، وهذا هو المذهب، وهو الأظهر عند الحنفية، ومذهب المالكية؛ لأنه تمليك يتقسط العوض فيه على المعوض؛ كالبيع، فانعقد بلفظه.
وفي قول للحنفية، وهو مذهب الشافعية: لا تنعقد الإجارة بلفظ: بعتك منفعتها؛ لأن لفظ البيع وضع لتمليك العين، فذِكْرُهُ في المنفعة مفسد، ولأن الإجارة تخالف البيع في الاسم والحكم.
(حاشية ابن عابدين: ٥ / ٣، والمهذب: ١ / ٣٩٥، ونهاية المحتاج: ٣ / ٢٦٠، والإنصاف: ٦ / ٤).
وعند شيخ الإسلام: أن العقود تنعقد بما دل عليه العرف من قول أو فعل متعاقب أو متراخ، وتقدم أول البيع. =

---

[١] لفظ (وبلفظ الإجارة والكراء وما في معناهما) مكرر في / م، ف.

تَصِحُّ بِثَلاثَةِ شُرُوطٍ: مَعْرِفَةُ الـمَنْفَعَةِ كَسُكْنَى دَارٍ

و (تصح) الإجارة (بثلاثة شروط):

أحدها: (معرفة المنفعة)؛ لأنها المعقود عليها فاشترط العلم بها كالمبيع[1].

وتحصل المعرفة إما بالعرف (كسكنى دار)[2]؛ لأنها لا تكرى إلا

= وكذا عند ابن القيم؛ تنعقد بأي لفظ يعرفه المتعاقدان، ومن ذلك لفظ البيع. (إعلام الموقعين ٢ / ٤).

وهل تنعقد الإجارة بالمعاطاة؟

المذهب ـ وهو قول جمهور أهل العلم ـ: أن الإجارة تنعقد بالمعاطاة.

وقيد بعض الحنفية الجواز بالأشياء الخسيسة دون النفيسة.

وعند الشافعية: المنع، إلا مع دلالة الحال كمن يبيت في الخان فإنه يكون بأجر، وبناء على هذا لو دفع ثوباً إلى خياط ليخيطه، ولم يذكر أحدهما أجرة؛ فلا أجرة له، وقيل: له أجرة مثله، وقيل: إن كان معروفاً بذلك العمل؛ فله أجرة مثله، وإلا فلا.

(بدائع الصنائع: ٥ / ١٣٤، وحاشية ابن عابدين: ٥ / ٤، ومواهب الجليل: ٥ / ٣٩٠، والشرح الصغير: ٤ / ٨، ونهاية المحتاج: ٣ / ٣٦٤، والمغني مع الشرح الكبير: ٦ / ٥).

(١) اشتراط أن تكون المنفعة معلومة متفق عليه عند الفقهاء، ويدل لهذا ما تقدم من الدليل على اشتراط العلم بالمبيع في كتاب البيع.

ولقوله ـ تعالى ـ: ﴿لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ والرضا لا يتوجه إلا إلى معلوم. (المصادر السابقة).

(٢) يعني إلى شهر مثلاً، فلا يحتاج إلى ذكر صفة سكناها، إذ هي معروفة =

وَخِدْمَةِ آدَمِيٍّ

لذلك، فلا يعمل فيها حدادة ولا قصارة[١]، ولا يسكنها دابة[٢] ولا يجعلها مخزناً لطعام[٣]، ويدخل ماء بئر تبعاً[٤]، وله إسكان ضيف وزائر[٥] (و) كـ (**خدمة آدمي**) فيخدم ما جرت به العادة من ليل ونهار[٦]، وإن استأجر حرة أو أمة؛ صرف وجهه[٧] عن النظر.

= بين الناس، والتفاوت فيها يسير، فلم يحتج إلى ضبطها.
(الهداية: ٣/ ٢٤١، وتبيين الحقائق: ٥/ ١١٣، وحاشية الدسوقي: ٤/ ٢٣، والشرح الصغير: ٤/ ٣٩، والمغني: ٨/ ١٤).

(١) في المصباح (٢/ ٥٠٥): «قصرت الثوب قصراً بيضتة، والقصارة بالكسر: الصناعة والفاعل قصار».

(٢) إن لم تكن قرنية كالدار الواسعة التي فيها اصطبل عملاً بالعرف.

(٣) لأن الجرذ يخرق حيطانها، ويجلب النمل، والعرف لا يقتضيه. (كشاف القناع: ٣/ ٤٥٨).

(٤) يأتي قريباً.

(٥) فإن شرط المؤجر على المستأجر ألا يسكن معه غيره؛ فالمذهب ـ ومذهب المالكية ـ: صحة الشرط؛ إذ المسلمون على شروطهم.
وعند الحنفية: صحة العقد، وبطلان الشرط.
وعند الشافعية: فساد الشرط والعقد؛ لأن الشرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للمؤجر، فيفسد ويفسد العقد.
(فتح القدير: ٧/ ١٦٥، وحاشية ابن عابدين: ٥/ ١٧، وشرح الخرشي: ٧/ ٥٠، ونهاية المحتاج: ٦/ ٢٧٧، وكشاف القناع: ٣/ ٤٥٨).

(٦) كتحديد أوقات العمل بالساعات، ونحو ذلك.

(٧) فالمذهب: يجوز للأجنبي استئجار الأمَةِ والحرة للخدمة؛ لأنها منفعة =

وَتَعْلِيمِ عَلْمٍ.

(و) يصح استئجار آدمي لعمل معلوم[١] كـ(**تعليم علم**)[٢] وخياطة

= مباحة، ولكن لا يخلو بها، ولا ينظر إليها.

وعند الحنفية: يكره للأعزب استئجار الأجنبية للخدمة.

وعند المالكية: لا يجوز استئجار الأعزب ولو كان مأموناً، فإن كان له أهل؛ جاز إن كان مأموناً، وكذا المرأة التي لا إرب للرجال فيها، أو شابة ومستأجرها شيخ كبير فيجوز.

وعند الشافعية: يحرم ذلك.

والأقرب: أنه إن علم أو ظن أنه سيقع في المعصية؛ حرم عليه ذلك.

(درر الحكام: ١/٥٥٦، بدائع الصنائع: ٤/١٨٩، وحاشية الدسوقي: ٤/٢١، وأسنى المطالب: ٢/٤١٠، وكشاف القناع: ٣/٥٤٨).

(١) المذهب، ومذهب الحنفية، والشافعية: عدم جواز الجمع بين تقدير الزمن والعمل؛ لأن الإجارة جُوِّزَت للحاجة وفيها غرر يسير، والجمع بين العمل والزمن يزيدها غرراً؛ لأن المستأجر قد ينتهي قبل المدة، وقد تنتهي المدة قبل العمل.

وعن الإمام أحمد: جواز الجمع بين المدة والعمل، لعدم الغرر بل استعجال للعمل وحث عليه، ولأن الأصل في المعاملات الحِلّ. (المصادر السابقة).

(٢) اختلف العلماء في حكم أخذ الأجرة على تعليم العلوم الشرعية:

فالمذهب ـ وهو المفتى به عند الحنفية، ومذهب الشافعية وابن حزم ـ: جواز ذلك، لكن قيد الشافعية والحنابلة: أن تكون مسائل منضبطة.

وأصل المذهب عند الحنفية: عدم الجواز.

وعند المالكية: يجوز مع الكراهة. =

. . . .

ثوب أو قصارته، أو ليدل على طريق(١) ونحوه؛ لما في البخاري عن عائشة في حديث الهجرة: «**واستأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلاً** [١[**هو عبدالله بن أرقط، وقيل: ابن أريقط، كان كافراً**]١](٢) **من بني الديل هادياً خريتًا**»(٣)، والخريت: الماهر بالهداية(٤)، وإما بالوصف كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معين، وبناء حائط يذكر[٢] طوله وعرضه وسمكه وآلته.

= (بدائع الصنائع: ٤ / ٤٩١، والدر المختار: ٦ / ٥٥، وحاشية الدسوقي: ٤ / ٨١، ومنح الجليل: ٧ / ٤٨٧، وأسنى المطالب: ٢ / ٤١، والفروع: ٤ / ٤٣٥)، وتأتي الأدلة قريباً.

وأكثر الفقهاء - حتى من منع من أخذ الأجرة على تعليم العلوم الشرعية - قال بجواز أخذ الجعالة، وأخذ الرزق من بيت المال. (الفروع: ٤ / ٤٣٦).

أما العلوم التي لا يشترط أن يكون فاعلها من أهل القربة - أي الطاعة - كتعليم الخط والحساب ونحو ذلك؛ فيجوز أخذ الأجرة عليه باتفاق الأئمة.

(١) معلوم لا مجهول.

(٢) وفيه استئجار المسلم للكافر هداية الطريق إذا أمنه.

(٣) أخرجه البخاري: (٣ / ٤٨) - الإجارة - باب: استئجار المشركين عند الضرورة، وباب: إذا استأجر أجيراً ليعمل له، (٤ / ٢٥٦) - مناقب الأنصار - باب: هجرة النبي ﷺ إلى المدينة، وابن سعد في الطبقات: (١ / ٢٢٩)، (٣ / ١٧٣)، والبيهقي: (٦ / ١١٨) - الإجارة - باب: جواز الإجارة.

(٤) الذي يهتدي لأخرات المفازة، وهي طرقها الخفية.

[١-١] ساقط من م، ف، ش، ظ وأثبتناها من / هـ، ز.

[٢] في / م، ف بلفظ: (بذكر).

الثَّانِي: مَعْرِفَةُ الأُجْرَةِ،

الشرط (الثاني: **معرفة الأجرة**[١]) (١) بما تحصل به معرفة (٢) الثمن؛ لحديث أحمد عن أبي سعيد: «**أن النبي ﷺ نهى [عن]**[٢] **استئجار الأجير حتى يبين**[٣] **له أجره**» (٣)، فإن أجره الدار بعمارتها أو عوض

---

(١) باتفاق الأئمة في الجملة.
(الاختيار: ٢/٥١، والفتاوى الهندية: ٤/٤١٢، والشرح الصغير: ٤/١٥٩، ونهاية المحتاج: ٥/٣٢٢، وكشاف القناع: ٣/٥٥١).
ودليل هذا ما تقدم من الدليل على اشتراط العلم بثمن المبيع. (كتاب البيع)/ باب شروط البيع. وما تقدم من الدليل على اشتراط العلم بالمنفعة.
وأجاز ابن القيم: جهالة الإجارة تبعاً للمدة. (ينظر إعلام الموقعين: ٣/٩٤، ٣٥٤، ٣٥٨)، وتقدم عن شيخ الإسلام في البيع/ باب شروط البيع.

(٢) وتقدم في كتاب البيع.

(٣) أخرجه أحمد: (٣/٥٩، ٦٨، ٧١)، وعبدالرازق: (٨/٢٣٥ – ح ١٥٠٢٣، ١٥٠٢٤)، وأبو حنيفة كما في جامع المسانيد (٢/١٦، ٤٤)، وأبو داود في المراسيل: (ص ١٣٣)، والبيهقي: (٦/١٢٠) – الإجارة – باب: لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة، ومحمد بن الحسن في الآثار، وإسحاق بن راهويه في مسنده كما في نصب الراية: (٤/١٣١) كلهم من طريق حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة مرفوعاً. =

---

[١] في / س بلفظ: (الاجارة).

[٢] ساقط من / ف.

[٣] في / ط بلفظ: (يتبين).

وَتَصِحُّ فِي الأَجِيرِ وَالظِّئْرِ بِطَعَامِهِمَا وَكِسْوَتِهِمَا،

معلوم وشرط عليه عمارتها خارجاً عن الأجرة لم تصح[١]، ولو أجرها بمعين على أن ينفق المستأجر ما يحتاج إليه محتسباً به من الأجرة صح[٢].

(وتصح) الإجارة **(في الأجير والظِّئْر[٣] بطعامهما وكسوتهما)**[٤]،

= وإسناده ضعيف لانقاطعه، فإن إبراهيم النخعي لم يسمع من أبي سعيد وأبي هريرة شيئاً، وسأل ابن أبي حاتم أبا زرعة الرازي عن الحديث روي مرفوعاً وموقوفاً، فقال أبو زرعة: الصحيح موقوف عن أبي سعيد. انظر علل الحديث لابن أبي حاتم: (١/٣٦٧).

قلت: والموقوف أخرجه النسائي: (٧/٣٢) – المزارعة – (ح ٣٨٥٧)، وابن أبي شيبة: (٦/٣٠٣) – البيوع – (ح ١١٥٠).

(١) في حاشية العنقري (٢/٢٩٧): «قوله: لم تصح؛ أي للجهالة، قال في جمع الجوامع: إذا آجره الدار ونحوها مدة بعمارتها، ويفعل هذا كثيراً في الأوقاف بالقياس، وقاعدة المذهب: أنه لا يصح؛ لأن الأجرة غير معلومة، والعمارة قد تزيد وقد تنقص، وقد يقول المؤجر: أردت عمارة أحسن من هذا».

(٢) في حاشية العنقري (٢/٢٩٧): «قوله صح؛ لأن الإصلاح على المالك وقد وكله فيه ...».

(٣) الظئر: المرضع. (المطلع: ص ٢٦٤).

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية؛ لما استدل به المؤلف، ولما ورد عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: **«كنت أجيراً لابنة غزوان بطعام بطني، وعقبة رجلي، أحطب لهم إذا نزلوا، وأحدو بهم إذا ركبوا»** رواه ابن ماجه =

. . . .

. . . .

روي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى في الأجير[١]، وأما الظئر؛ فلقوله

= وصححه في الزوائد، ولأنه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية.
وإن تشاحا في مقدار الطعام والكسوة رجع في القوت إلى الإطعام في الكفارات، وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله، أو يحكم العرف.
وعند الحنفية: لا يجوز ذلك في الأجير؛ لما في ذلك من الجهالة في الأجر، ويجوز في الظئر.
وعند الشافعية، وصاحبَيْ أبي حنيفة: لا يجوز ذلك مطلقاً للجهالة، ومن شرط الأجر أن يكون معلوماً.
(الهداية: ٣/٢٤١، وشرح الخرشي: ٧/١٤، وحاشية الصاوي: ٤/٥٥، وكشاف القناع: ٣/٥٥٢).
فإن سمى الطعام وقدره، ووصف جنس الكسوة وذرعها؛ جاز بالاتفاق.
(١) ذكره المصنف في كتابه شرح منتهى الإرادات: (٢/٣٥٣)، ولفظه: «**روي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى أنهم استأجروا الأُجَراء بطعامهم وكسوتهم**» وبهذا اللفظ ذكره قبله ابن قدامة في المغني: (٨/٦٨).
وذكر البغوي في شرح السنة: (٨/٢٥٩) من طريق ابن أبي نجيح عن أبيه: «**كان مع أبي موسى الأشعري غلام يخدمه بطعام بطنه**».
وروي عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: «**أكريت نفسي من ابنة غزوان على طعام بطني وعقبة رجلي**» أخرجه ابن ماجه: (٢/٨١٧) ـ الرهون ـ (ح ٢٤٤٥)، وعبدالرزاق: (٨/٢١٥ ـ ح ١٤٩٤١)، والبيهقي: (٦/١٢٠)، وإسناد ابن ماجه صحيح؛ قاله البوصيري في مصباح الزجاجة: (٣/٧٦).

. . . .

. . . .

ـ تعالى ـ: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[١]، ويشترط لصحة العقد العلم بمدة الرضاع[٢]، ومعرفة الطفل بالمشاهدة[٣]، وموضع الرضاع[٤]، ومعرفة العوض.

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٣٣. ويثبت في الأجير بالقياس عليها.
وقال ابن القيم في زاد المعاد ٥/٨٢٣: «وأما إن أجر الشاة أو البقرة مدة معلومة لأخذ لبنها في تلك المدة؛ فهذا لا يجيزه الجمهور، واختار شيخنا جوازه... كما في الظئر.... وليس هذا داخلاً فيما نهى عنه النبي ﷺ من بيع الغرر؛ لأن الغرر تردد بين الوجود والعدم فنُهي عن بيعه؛ لأنه من جنس القمار... كما في بيع العبد الآبق والجمل الشارد... فأما إذا كان شيئاً معروفاً بالعادة؛ كمنافع الأعيان بالإجارة مثل منفعة الأرض والدابة، ومثل لبن الظئر المعتاد، ومثل الثمر والزروع المعتاد؛ فهذا كله من باب واحد وهو جائز».
وقوله: ﴿بِالْمَعْرُوفِ﴾ أي: على قدر الميسرة، وبما جرت به عادة أمثالهن في بلدهن من غير إسراف ولا إقتار.

(٢) لأنه لا يمكن تقديره إلا بها.

(٣) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤/٢٨٩): «ومنها – أي الفوائد – لا تشترط رؤية المرتضع، بل تكفي صفته جزم به في الرعايتين والفائق، قلت: وهو الصواب».

(٤) هل هو عند المرضعة أو وليه؟ لأنه يختلف فيشق عليها في بيت المستأجر ويسهل في بيتها. (المصدر السابق).

. . . .

وَإِنْ دَخَلَ حَمَّاماً أَوْ سَفِينَةً أَوْ أَعْطَى ثَوْبَهُ قَصَّاراً أَوْ خَيَّاطاً بِلاَ عَقْدٍ؛ صَحَّ بِأَجْرَةِ العَادَةِ.

(وإن دخل حماماً أو سفينة) بلا عقد (أو أعطى ثوبه قصاراً أو خياطاً)[1] ليعملاه (بلا عقد صح بأجرة العادة)؛ لأن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول، وكذا لو دفع متاعه لمن يبيعه أو استعمل حمالاً ونحوه[2] فله أجرة مثله، ولو لم يكن له عادة بأخذ الأجرة[3].

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور العلم؛ لما استدل به المؤلف.
وعند الشافعية: لا يصح بناء على عدم انعقاد الإجارة بالمعاطاة. (تقدم في أول باب الإجارة).
(٢) كدلال، وحجَّام، ومُكاري.
قال ابن القيم في زاد المعاد (٥/١١٩): «... وقواعد أحمد ـ رحمه الله ـ: أن الشرط العرفي كاللفظي سواء، ولهذا أوجبوا الأجرة على من دفع ثوبه إلى غسال أو قصار، أو عجينه إلى خباز، أو طعامه إلى طباخ، يعملون بالأجرة، أو دخل الحمام، أو استخدم من يغسله ممن عادته يغسل بالأجرة ونحو ذلك، ولم يشرط لهم أجرة أنه يلزمه أجرة المثل».
وقال ـ أيضاً ـ: «إن قال: إن ركبت هذه الدابة إلى أرض كذا؛ فلك عشرة، أو إلى أرض كذا ولك خمسة عشر، أو إن خطت هذا القميص اليوم فلك درهم، أو غدا فنصف درهم، أو زرعت أرضي حبًّا فمائة، أو شعيراً فمائتان هذا كله جائز صحيح ... بل الثابت عنهم – أي الصحابة – جوازه كما ذكره البخاري عن عمر: «إنه إذا دفع أرضه إلى من يزرعها قال: إن جاء عمر بالبذر؛ فله كذا، وإن جاؤا به، فلهم كذا» ولم يخالفه صحابي.
(٣) وهذا هو المذهب. =

الثَّالثُ: الإبَاحَةُ في العيْنِ، فَلاَ تَصِحُّ عَلَى نَفْعٍ مُحَرَّمٍ؛ كَالزِّنَا وَالزَّمْرِ وَالغِنَاء وَجَعْلِ دَارِهِ كَنِيسَةً أَوْ لِبَيْعِ الخَمْرِ،

الشرط **(الثالث: الإباحة في)** نفع **(العين)** المقدور عليه[١] المقصود، كإجارة دار يجعلها مسجداً، وشجر لنشر ثياب أو قعوده بظله، **(فلا تصح)** الإجارة **(على نفع محرم؛ كالزنا والزمر والغناء وجعل داره كنيسة أو لبيع الخمر)**[٢]؛

= واشترط ابن قدامة: أن يكون لهم عادة بأخذ الأجرة.

وقيل: لا أجرة لهما مطلقاً. (المقنع مع الإنصاف والشرح الكبير: ١٤/ ٢٩٠، ٢٩١).

(١) أو صومعة، أو بيعة، أو بيت نار؛ لأن ذلك إعانة على المعصية.

(٢) وهذا باتفاق الأئمة في الجملة؛ لقول الله ـ تعالى ـ: ﴿**وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ**﴾، ولقول الله ـ تعالى ـ: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ**﴾، وأخذ الأجرة على عمل محرم شرعاً أكل للمال بالباطل.

ولما ثبت في الصحيحين أن النبي ﷺ قال: «**قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها حملوه، ثم باعوه، فأكلوا ثمنه**» والأجرة كالثمن، فأخذ الأجرة على ما هو محرم حرام.

(تبين الحقائق: ٥/ ١٢٥، والفتاوى الهندية: ٤/ ٤٤٩، والشرح الكبير للدردير: ٤/ ١٨، وتكملة المجموع: ١٣/ ٥٦٩، والمغني مع الشرح الكبير: ٦/ ١٣٤، والمحلى: ٨/ ١٩١).

فرع: عند جمهور أهل العلم: عدم جواز أخذ الأجرة على نقل الأشياء المحرمة؛ كالخمر والخنزير، وفي الفتاوى الهندية ٤/ ٤٤٩: «إذا استأجر =

. . . .

لأن المنفعة المحرمة مطلوب[١] إزالتها والإجارة تنافيها، وسواء شرط ذلك في العقد أو لا إذا ظن الفعل(١).

ولا تصح إجارة طير ليوقظه للصلاة؛ لأنه غير مقدور عليه(٢)(٣)، ولا شمع وطعام ليتجمل به ويرده، ولا ثوب يوضع على نعش ميت(٤)،

= رجلاً ليحمل له الخمر؛ فله الأجر في قول أبي حنيفة.... إذا استأجر الذي من المسلم بيتاً ليبيع فيه الخمر؛ جاز عند أبي حنيفة.... لو استأجر الذمي مسلماً ليبني له بيعة أو كنيسة؛ جاز.... استأجر ذمي من ذمي أو مسلم بيعة يصلي فيها؛لم يجز». وحجته: أن الحمل والبناء ليس معصية.

(١) لأنه فعل محرم.

(٢) وهذا باتفاق الأئمة، فلا يصح إجارة ما لا يقدر عليه على استيفاء المنفعة منه، فلا تصح إجارة الدابة الفارة، ولا المغصوب من غير الغاصب، ولا الأقطع والأشل للخياطة بنفسه.

(الفتاوى الهندية: ٤ / ٤١١، ومنهاج الطالبي: ٣ / ٦٩، وحاشية الدسوقي: ٤ / ٢٠، والمحرر: ١ / ٣٥٦).

لكن الأقرب: أن إجارة الدابة الفارة لمن يقدر على تحصيلها جائز، لانتفاء الغرر، وكذا المغصوب من غير الغاصب.

ويأتي اشتراط القدرة على المنفعة قريباً في الفصل الآتي.

(٣) وتصح إجارة طير الصيد؛ لأنه نفع مباح متقوم.

(٤) لأنه ليس من المنافع المقصودة.

---

[١] في / ط. بلفظ: (مطلوبة).

وَتَصِحُّ إِجَارَةُ حَائِطٍ لِوَضْعِ أَطْرَافِ خُشُبِهِ عَلَيْهِ،

ذكره في «المغني»[١] و«الشرح»[٢]. ولا نحو تفاحة لشم[٣].

(**وتصح إجارة حائط لوضع أطراف خُشُبِه**) المعلوم (**عليه**) لإباحة ذلك[٤].

---

(١) المغني: (٨/١٢٩)، وفيه: «لأن الإجارة عقد على المنافع، وهذه لا ينتفع بها إلا بإتلاف عينها».

(٢) الشرح الكبير مع الإنصاف: (١٤/٣٢٣).

(٣) وهذا باتفاق الأئمة في الجملة: أنه يشترط في المنفعة أن تكون متقومة مقصودة الاستيفاء في العقد.

(بدائع الصنائع: ٤/١٧٥، والفتاوى الهندية: ٤/٤١١، والشرح الصغير: ٣/١٦٠، وحاشية الدسوقي: ٤/٢٠، وحاشية القليوبي: ٣/٦٩، والمحرر: ١/٣٥٦).

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤/٣٢٢): «ومنع في المغني إجارة نقد أو شمع للتجمل، وثوب لتغطية نعش، وما يسرع فساده كرياحين، قال في الترغيب وغيره: وتفاحة للشم بل عنبر وشبهه، وظاهر كلام جماعة جواز ذلك».

(٤) إن لم يتعين ذلك على الجار المؤجر، فإن تعين عليه؛ وضع خشب جاره على جداره وجب عليه ذلك، ولا يجوز أخذ الأجرة، وتقدم في باب الصلح. ونص المؤلف على هذه المسألة مع وضوحها؛ لأن المدة مجهولة، وسقط وجوب تعيينها للحاجة.

. . . .

وَلاَ تُؤَجِّرُ الـمَرْأَةُ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا.

(**ولا تؤجر المرأة نفسها**) بعد عقد النكاح عليها (**بغير إذن زوجها**)[١] لتفويت حق الزوج.

* * *

---

(١) تأجير الزوجة نفسها لا يخلو من أمرين إذا لم يكن محظور شرعي:

الأول: أن يكون على مدة: من ساعة كذا إلى ساعة كذا، فلا يجوز إلا بإذن الزوج لما علل به المؤلف.

الثاني: أن يكون على عمل؛ كخياطة ثوب ونحو ذلك، فيجوز لعدم تفويت حق الزوج؛ بشرط عدم ضرر الزوج.

* * *

فصل

وَيُشْتَرَطُ فِي العَيْنِ المُؤَجَّرَةِ مَعْرِفَتُهَا بِرُؤْيَةٍ أَوْ صِفَةٍ، فِي غَيْرِ الدَّارِ وَنَحْوِهَا،

فصل(١)

(ويشترط في العين المؤجرة) خمسة شروط:

أحدها: (معرفتها برؤية أو صفة)(٢) [١[إن انضبطت بالوصف، ولهذا قال: (في غير الدار ونحوها)]١] مما لا يصح فيه[٢] السلم(٣)، فلو استأجر حماماً فلابد من رؤيته؛ لأن الغرض[٣] يختلف بالصغر

---

(١) أي: في بيان أحكام العين المؤجرة، وما يتعلق بذلك.

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول أكثر أهل العلم: يشترط معرفة العين المستأجرة بالمشاهدة إن كانت لا تنضبط بالوصف، أو بالصفة إن كانت تنضبط بها قياساً على البيع.
والوجه الثاني: يجوز بدونه، وهو مذهب أبي حنيفة، وللمستأجر خيار الرؤية. (حاشية ابن عابدين ٩ /٧، وحاشية الدسوقي ٤ /٣، والمنهاج مع مغني المحتاج ٢ /٣٣٤).
وتقدم هذا في البيع في شروط صحة البيع، وتقدم عن شيخ الإسلام: أنه إذا اشترى شيئاً بلا رؤية ولا وصف؛ صح بثمن المثل. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤ /٣٣٢).

(٣) كالبساتين والأراضي والنخيل فتُشترط مشاهدته كما تقدم.

[١-١] ساقط / ف.

[٢] في / ط. بلفظ: (السلم فيه).

[٣] في / ف. بلفظ: (العوض)

وَأَنْ يَعْقِدَ عَلَى نفعِهَا دُونَ أَجْزَائِهَا ؛

والكبر، ومعرفة مائه ومشاهدة الإيوان[١] ومطرح الرماد ومصرف الماء، وكره أحمد كراء الحمام؛ لأنه يدخله من تنكشف عورته فيه[٢].

(و) الشرط الثاني: **(أن يعقد على نفعها)** المستوفى **(دون أجزائها)**[٣]

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية.

وعند المالكية: تصح إجارة الدار ونحوها بالرؤية السابقة التي لا تتغير بعدها، أو بوصف ولو من المكري، أو على خيار بالرؤية. (حاشية الدسوقي ٢ / ٤٤، ومغني المحتاج ٢ / ٣٢١، والمحرر ١ / ٣٥٦).

(٢) في المغني (٨ / ٢٤): «قال ابن حامد: هذا على طريق الكراهة تنزيهاً لا تحريماً؛ لأنه تبدو فيه عورات الناس، فتحصل الإجارة على فعل محظور فكرهه لذلك، فأما العقد؛ فصحيح وهذا قول أكثر أهل العلم، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن كراء الحمام جائز؛ إذا حدده وذكر جميع آلته شهوراً مسماة، وهذا قول مالك، والشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي؛ لأن المكتري إنما يأخذ الأجر عوضاً عن دخول الحمام والاغتسال بمائه، وأحوال المسلمين محمولة على السلامة وإن وقع من بعضهم فعل ما لا يجوز؛ لم يحرم الأجر المأخوذ منه، كما لو اكترى داراً ليسكنها فشرب فيها خمراً».

(٣) وهذا قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف.

وحكى ابن رشد من جوز الإجارة مع استهلاك العين، وتقدم قريباً في أول الباب مورد عقد الإجارة هل هو المنافع أو الأعيان؟.

(بدائع الصنائع: ٤ / ١٧٥، وبداية المجتهد: ٢ / ٤١٩، وحاشية الدسوقي: ٤ / ١٦، ومنهاج الطالبين: ٣ / ٦٨، والمحرر: ١ / ٣٥٦). =

فَلاَ تَصِحُّ إِجَارَةُ الطَّعَامِ للأَكْلِ، وَلاَ الشَّمْعِ لِيُشْعِلَهُ،

لأن الإجارة هي بيع المنافع فلا تدخل الأجزاء فيها، **(فلا تصح إجارة الطعام للأكل ولا الشمع ليشعله)**(١)، ولو أكرى شمعة ليشعل [منها][١] ويرد بقيتها وثمن[٢] ما ذهب وأجر الباقي؛ **فهو فاسد**(٢)،

= وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤/٣٢٨): «ولا تصح إلا بشروط خمسة: أحدها: أن يعقد على نفع العين دون أجزائها، فلا تصح إجارة الطعام للأكل، ولا الشمع ليشعله على الصحيح من المذهب ... وقال الشيخ تقي الدين: ليس هذا بإجارة، بل هو إذن في الإتلاف؛ وهو شائع، كقوله: من ألقى متاعه، قال في الفائق: وهو المختار، ثم قال: قلت: وهو مشابه لبيعه من الصبرة كل قفيز بكذا، ولو أذن في الطعام بعوض كالشمع فمثله.
وقال في الفروع: وجعله شيخنا - يعني إجارة الشمع - ليشعله مثل كل شهر بدرهم فمثله في الأعيان نظير هذه المسألة في المنافع، ومثله: كلما أعتقت عبداً من عبيدك؛ فعليَّ ثمنه فإنه يصح وإن لم يبين العدد والثمن، وهو إذن في الانتفاع بعوض، واختار جوازه وأنه ليس بلازم بل جائز؛ كجعالة، وكقوله: ألق متاعك في البحر وعليَّ ضمانه جائز، ومن ألقى كذا؛ فله كذا ...».
وقال ابن القيم: «إن قال: بعتك من هذه الشمعة كل أوقية منها بدرهم قل المأخوذ منها أو كثر؛ فهذا جائز ... واختاره شيخنا، وهو الصواب المقطوع به ... بل عمل الناس في أكثر بيعاتهم عليه ...» (إعلام الموقعين: ٣/٣٥٣).

(١) أو الصابون لغسل، ونحو ذلك.

(٢) قالوا: لأنه يشمل بيعاً وإجارة، وما وقع عليه البيع مجهول، وإذا جهل المبيع؛ جهل المستأجر.

---

[١] ساقط من / م، ف.

[٢] في / م، ف. بلفظ: (أو ثمن).

وَلاَ حَيَوَانٍ لِيَأْخُذَ لَبَنَهُ، إلا فِي الظِّئْرِ

(ولا حيوان ليأخذ لبنه) أو صوفه أو شعره أو وبره[1] (إلا في الظئر)

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ فلا يصح أن يستأجر شاة لأخذ لبنها؛ لأن المقصود الأصلي في عقد الإجارة المنفعة، لا الأعيان، وهنا المقصود العين، وهي لا تملك ولا تستحق بإجارة.
وفي قول عند الحنابلة، واختاره شيخ الإسلام: جواز استئجار الحيوان للبنه، ويأتي. وتقدم كلام ابن القيم عند قول المؤلف: «وتصح الإجارة في الأجير والظئر.....».
(الفتاوى الهندية: ٤ /٤٤٥، وبداية المجتهد: ٢ /٢٤٥، ومنهاج الطالبين: ٣ /٦٨، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤ /٣٢٩).
وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤ /٣٢٩): «واختار الشيخ تقي الدين: جواز إجارة قناة مدة، وماء فائض بركة رأياه، وإجارة حيوان لأجل لبنه، قام به هو أو ربه، فإن قام عليها المستأجر وعلفها فكاستئجار الشجر، وإن علفها ربها ويأخذ المشتري لبناً مقدراً فبيع محض، وإن كان يأخذ اللبن مطلقاً فبيع أيضاً، وليس هذا بغرر، ولأن هذا يحدث شيئاً فشيئاً، فهو بالمنافع أشبه فإلحاقه بها أولى، ولأن المستوفى بعقد الإجارة على زرع الأرض هو عين من أعيان وهو ما يحدثه الله من الحب بسقيه وعمله، وكذا مستأجر الشاة للبنها مقصوده ما يحدثه الله - تعالى - من لبنها بعلفها، والقيام عليها، فلا فرق بينهما، والآفات والموانع التي تعرض للزرع أكثر من آفات اللبن، ولأن الأصل في العقود الجواز والصحة، قال: وكظئر» ا.هـ.

. . . .

وَنَقْعِ البِئْرِ وَمَاءِ الأَرْضِ يَدْخُلاَنِ تَبَعاً، وَالقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ، فَلاَ تَصِحُّ إِجَارَةُ

فيجوز وتقدم(١)، (**ونقع البئر**) أي: ماؤها المستنقع فيها (**وماء الأرض يدخلان تبعاً**)(٢) كحبر ناسخ، وخيوط خياط، وكحل كاحل، ومرهم طبيب ونحوه(٣).

(**و**) الشرط الثالث: (**القدرة على التسليم**) كالبيع(٤)، (**فلا تصح إجارة**)

---

(١) عند قول المؤلف: «وتصح الإجارة في الأجير والظئر بطعامها وكسوتهما»، وفي حاشية العنقري (٢/٣٠٥): ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ والفرق بينها وبين البهائم: أنه يحصل منها عمل من وضع الثدي في فم المرتضع ونحوه، بخلاف البهيمة».
وقال ابن القيم: «ليس المعقود عليه إلقام الثدي، أو وضعه في الحجر أو نحو ذلك؛ بل وسيلة إلى المقصود ولا قيمة له أصلا، والمقصود هو اللبن وقواه بعشرة أوجه ... وقياس الشاة والبقرة والناقة للانتفاع بلبنها على الظئر أصح وأقرب إلى العقل من قياسها على إجارة الخبز للأكل» (زاد المعاد: ٥/٨٢٣).

(٢) لا أصالة، فلو غار الماء؛ لم تنفسخ الإجارة، وهذا هو المذهب.
(الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٤/٣٣٠، والإقناع مع شرحه: ٣/٣٦٥).

(٣) مع أن هذه الأشياء تذهب عينها، لكن جاز هذا تبعاً، ويثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً.

(٤) وهذا باتفاق الأئمة؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ والعين=

الآبِقِ وَالشَّارِدِ، وَاشْتِمَالُ العَيِنِ عَلَى الـمَنْفَعَةِ، فَلاَ تَصِحُّ إِجَارَةُ بَهِيمَةٍ زَمِنَةٍ لِلْحَمْلِ،

العبد (**الآبق و**) الجمل (**الشارد**)(١) والطير في الهواء، ولا المغصوب[١] ممن لا يقدر على أخذه، ولا إجارة المشاع مفرداً لغير الشريك(٢)،

= المؤجرة إذا لم يقدر على تسليمها، فالدخول في عقد الإجارة من الميسر؛ لأن كلاً من المستأجر والمؤجر إما غانم أو غارم. ولحديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ : «**نهى عن بيع الغرر**» رواه مسلم.

(الفتاوى الهندية: ٤/ ٤١١، وحاشية الدسوقي: ٤/ ٢٠، ومنهاج الطالبين وحاشيته: ٣/ ٦٩، والمحرر: ١/ ٣٥٦).

(١) تقدم في البيع صحة بيع العبد الآبق، والجمل الشارد ممن يقدر على تحصيلهما، وكذا صحة بيع الطير في الهواء إذا ألف الرجوع. (كتاب البيع/ شروط صحة البيع).

(٢) إجارة العين للشريك جائزة بالاتفاق.

وإن كانت الإجارة لغير الشريك، فالمذهب ـ وبه قال أبو حنيفة ـ: أنه لا تجوز إجارة المشاع لغير الشريك؛ لأن استيفاء المنفعة في الجزء الشائع لا يتصور إلا بتسليم الباقي، وذلك غير متعاقد عليه، والاستيفاء بالمهايأة لا يمكن على الوجه الذي يقتضيه العقد، إذ التهايؤ بالزمن انتفاع بالكل بعض المدة، والتهايؤ بالمكان انتفاع يكون بطريق البدل عما في يد صاحبه، وهذا ليس من مقتضى العقد.

وعند المالكية، والشافعية: جواز إجارة المشاع لغير الشريك؛ لأن الإجارة أحد نوعي البيع فتجوز إجارة المشاع كما يجوز بيعه، والمشاع مقدور الانتفاع بالمهايأة، ولأنه يجوز إذا فعله الشريكان معاً، فجاز لأحدهما =

---

[١] في / ف. بلفظ: (مغصوب).

وَلاَ أَرْضٍ لاَ تُنْبِتُ لِلزَّرْعِ،

ولا يؤجر مسلم لذمي ليخدمه، وتصح لغيرها[١].

(و) الشرط الرابع: اشتمال العين على المنفعة، فلا تصح إجارة بهيمة زمنة[٢] للحمل، **(ولا أرض لا تنبت للزرع)** لأن الإجارة عقد

= فعله في نصيبه مفرداً كالبيع.

(بدائع الصنائع: ٤/١٨٧، والشرح الصغير: ٤/٥٩، والمهذب: ١/٣٩٥، وشرح الروض: ٢/٢٠٩، والمغني: ٨/١٣٤).

(١) تأجير المسلم نفسه لذمي ينقسم إلى قسمين:

الأول: أن يكون للخدمة؛ كتقديم الطعام له، والوقوف بين يديه، وكنس بيته، ونحو ذلك.

فالمذهب ـ ومذهب المالكية ـ: عدم الجواز، لأنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر، وإذلاله في خدمته.

وعند الحنفية والشافعية: تصح مع الكراهة، لكن عند الشافعية يؤمر وجوباً بإجارته لمسلم، وللحاكم منعه من خدمة الكافر، فلا يجوز لمسلم خدمة كافر.

الثاني: أن يكون لغير الخدمة كالبناء، والخياطة، والحرث، فيجوز باتفاق الأئمة؛ لأن الأصل في المعاملات الحل، ولأن عليًّا أجر نفسه من يهودي كل دلو بتمرة.

(بدائع الصنائع: ٤/١٨٩، وشرح الخرشي: ٧/١٩، والشرح الصغير: ٤/٣٥، وحاشية القليوبي: ٣/٦٧، والمغني: ٨/٨٩).

(٢) وفي المصباح (١/٢٥٦): «زَمِنَ الشخص من باب تَعِب، وهو مرض يدوم طويلاً».

وَأَنْ تَكُونَ الـمَنْفَعَةُ لِلْمُؤْجِرِ أَوْ مَأْذُوناً لَهُ فِيهَا، وَتَجُوزُ إِجَارَةُ العَيْنِ

على المنفعة، ولا يمكن تسليم هذه المنفعة من هذه العين[١].

(و) الشرط الخامس: (**أن تكون المنفعة**) مملوكة (**للمؤجر أو مأذوناً**[٢] **له فيها**)، فلو تصرف فيما لا يملكه بغير إذن مالكه لم يصح كبيعه[٣].

(**وتجوز إجارة العين**) المؤجرة[٤] . . . .

---

(١) وهذا باتفاق الأئمة:

(انظر: بدائع الصنائع: ٤/ ١٥٧، وبداية المجتهد: ٢/ ٤١٩، وحاشية الدسوقي: ٤/ ١٦، والمهذب: ١/ ٣٩٩، ومنهاج الطالبين: ٣/ ٦٨، والمحرر: ١/ ٣٥٦).

(٢) كوكيل، ووصيّ، ووليّ، وناظر.

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية، فلا ينفذ تصرف الفضولي في الإجارة كالبيع.

وعند الحنفية والمالكية: ينفذ تصرف الفضولي كالبيع.

وتقدم الكلام عليه في المجلد السادس/ شروط صحة البيع.

(٤) تأجير العين المستأجرة لا يخلو من أمرين:

الأول: أن يكون بعد القبض، فالمذهب، ومذهب المالكية، والشافعية: صحة تأجير العين المؤجرة، سواء كانت الأجرة الثانية مساوية للأولى، أم زائدة، أم ناقصة؛ لحديث عائشة: مرفوعاً: «**الخراج بالضمان**» رواه أهل السنن، وصححه الترمذي، فكما أن عليه ضمان المنافع؛ فله خراجها ولأن الإجارة بيع فله أن يبيع بمثل الثمن أو أنقص، أو أزيد. =

لِمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ،

. بعد قبضها[١] إذا أجرها المستأجر (**لمن يقوم مقامه**) في الانتفاع أو

= وعند الحنفية: يجوز تأجير العين المؤجرة إذا كانت مما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به، وتجوز الزيادة في الإجارة الثانية، لكن إن اتحد جنس الأجرتين؛ فإن ا لزيادة لا تطيب للمستأجر، وعليه أن يتصدق بها، وإن لم يتحد جنس الأجرتين أو أحدث زيادة في العين المستأجرة فتطيب الزيادة؛ لأنها في مقابل الزيادة المستحدثة.

وعن الإمام أحمد: أن المستأجر لا يملك تأجير:العين المؤجرة؛ لأن النبي ﷺ: «**نهى عن ربح ما لم يضمن**» من حديث عبدالله بن عمرو ـ رضي الله عنهما ـ وأخذ المستأجر زيادة على ما استأجر به من ذلك؛ لأن المنافع لم تدخل في ضمانه بدليل أنها لو انهدمت الدار؛ لم تلزمه الأجرة.

ونوقش: بعد التسليم، بل داخلة في ضمانه، بدليل أنها لو فاتت من غير استيفاء كانت من ضمانه.

(١) **الأمر الثاني**: أن يكون قبل القبض، فالمصحح عند الحنابلة ـ وبه قال أبو حنيفة، والمالكية ـ: الجواز مطلقاً؛ لأن المعقود عليه المنافع، وهي لا تصير مقبوضة بقبض العين، فلا يؤثر فيها القبض.

والمصحح عند الشافعية ـ وهو وجه عند الحنابلة ـ: أن المستأجر لا يملك إجارة العين قبل قبضها إلا من المؤجر، قياساً على البيع حيث لا يصح بيع المبيع قبل قبضه، ويصح للمؤجر؛ لأن العين في قبضته، فلا يتعذر عليه.

(الفتاوى الهندية: ٤ / ٤٢٥، وحاشية رد المحتار: ٦ / ٢٨، والمدونة: ٤ / ٤٣٤، والإشراف: ٢ / ٧٥، والكافي: ٢ / ٧٤٨، وحلية العلماء: ٥ / ٤٠١، والمهذب: ١ / ٤١٠، والمغني: ٨ / ٥، والمحرر: ١ / ٣٥٧، والفروع: ٤ / ٤٤٥، والإنصاف: ٦ / ٣٤).

. . . .

لاَ بِأَكْثَرَ مِنْهُ ضَرَراً؛

دونه؛ لأن المنفعة لما كانت مملوكة له - جاز له أن يستوفيها بنفسه ونائبه[(١)]، (**لا بأكثر منه ضرراً**)[(٢)] لأنه لا يملك أن يستوفيه بنفسه فبنائبه[١] أولى، وليس للمستعير أن يؤجر إلا بإذن مالك[(٣)] والأجرة له.

---

(١) لأن موجب عقد الإجارة ملك المنفعة، والتسلط على استيفائها بنفسه وبمن يقوم مقامه. (كشاف القناع ٣ / ٥٦٥).

(٢) وهذا باتفاق الأئمة.

فمن اكترى أرضاً لزرع بر؛ فله زرع شعير ونحوه مما ضرره أقل من ضرر الحنطة، ولا يجوز أكثر منه ضرراً كذرة وقطن. (المصادر السابقة).

وإن تقبل أجير عملاً في ذمته بأجرة كخياطة أو غيرها، فلا بأس أن يقبله غيره بأقل منها، ولو لم يعن فيه بشيء. (كشاف القناع ٣ / ٥٦٦).

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأن الإعارة تفيد إباحة الانتفاع دون تمليك النفع، فلا يملك تمليكها لغيره بالإجارة.

وعند المالكية: أن المستعير يملك إجارة العارية، لأن المستعير مالك للانتفاع بالعارية بنفسه، فله تأجيرها لغيره؛ لأن من ملك شيئاً؛ ملك تمليكه لغيره.

ونوقش: بعدم التسليم، بل العارية تفيد إباحة الانتفاع دون التملك.

(تحفة الفقهاء: ٣ / ١٧٩، والاختيار: ٣ / ٥٦، والتفريع: ٢ / ٢٦٩، والفروق: ١ / ١٨٧، وروضة الطالبين: ٥ / ٢٥٦، والفروع: ٤ / ٤٧٤، والمبدع: ٥ / ٨١).

---

[١] في / ظ. بلفظ: (فنائبه).

وتَصِحُّ إجَارَةُ الوَقْفِ، فَإنْ مَاتَ المُؤْجِرُ وَانْتَقَلَ إلَى مَنْ بَعْدَهُ لَمْ تَنْفَسِخْ،

(**وتصح إجارة الوقف**)[1] لأن منافعة مملوكه للموقوف عليه، فجاز له إجارتها كالمستأجر، (**فإن مات المؤجر فانتقل**) الوقف (**إلى من بعده لم تنفسخ**)[2] لأنه أجر ملكه في زمن ولايته، فلم تبطل بموته، كمالك الطلق.

---

(١) باتفاق الأئمة. (المصادر الآتية).

(٢) مؤجر العين الموقوفة لا يخلو من حالتين:

الأولى: ألا يكون من أهل استحقاق الريع، فإذا مات فلا أثر لموته على عقد الإجارة، ولا ينفسخ عقدها بموته باتفاق الأئمة؛ لأن الناظر إنما أجر بطريق الولاية، ومن يلي النظر بعده إنما يملك التصرف فيما لم يتصرف فيه الأول.

الثانية: أن يكون من أهل استحقاق الريع:

فالمذهب: أن عقد الإجارة لا يتأثر بموت العاقد المستحق إلا إذا كان قد أجره بأصل الاستحقاق.

وعند المالكية ـ وهو قول للشافعية ـ: أن ينفسخ بموته مطلقاً.

وعند الحنفية وهو قول للشافعية: أنه لا ينفسخ مطلقاً.

(فتاوى قاضي خان: ٣ / ٣٣٤، والشرح الكبير: ٢ / ٢٨٢، ومواهب الجليل: ٦ / ٣٣٤، والمهذب: ١ /٤٠٧، والفروع: ٤ / ٣٤٣، والتنقيح: ص ٦٤).

. . . .

وَلِلثَّانِي حِصَّتُهُ مِنَ الأُجْرَةِ،

(وللثاني حصته من الأجرة) من حين موت الأول(١)، فإن كان قبضها؛رجع في تركته بصحته؛لأنه تبين[١] عدم استحقاقه لها(٢)، فإن تعذر أخذها، فظاهر كلامهم أنها تسقط ، قاله في «المبدع»(٣)(٤)

---

(١) أو حين انتقال الاسحقاق كمن وقف داراً على ابنته ما دامت عزباً، ثم على زيد فآجرتها مدة وتعجلت الأجرة ثم تزوجت في أثنائها؛ فيأخذ زيد ما يقابل استحقاقه.

(٢) أي: فإن كان المؤجر قبض الأجرة رجع الثاني المستحق للمنافع في تركة المؤجر الأول بحصته من الاستحقاق.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤/٣٤٦): «وقال الشيخ تقي الدين: إن كان قبضها المؤجر رجع بذلك في تركته، فإن لم تكن تركة فأفتى بعض أصحابنا بأنه إذا كان الموقوف عليه هو الناظر فمات فللبطن الثاني فسخ الإجارة، والرجوع بالأجرة على من هو في يده» ا.هـ.

وقال ـ أيضاً ـ: «والذي يتوجه ـ أولاً ـ أنه لا يجوز سَلَف الأجرة للموقوف عليه؛ لأنه لا يستحق المنفعة المستقبلة، ولا الأجرة عليها، فالتسليف لهم قبض ما لا يستحقونه بخلاف المالك، وعلى هذا فللبطن الثاني أن يطالبوا بالأجرة المستأجر؛ لأنه لم يكن له التسليف، ولهم أن يطالبوا الناظر».

(٣) أي فإن لم تقبض الأجرة فالمنتقل إليه الاستحقاق يأخذ حصته من مستأجر؛ لعدم براءته منها.

(٤) ٥/٨٢.

---

[١] في /ط. بلفظ: (يتبين).

. . . .

وإن لم تقبض فمن مستأجر، وقدم في «التنقيح»(١) أنها تنفسخ إن كان المؤجر الموقوف عليه بأصل الاستحقاق(٢)، وكذا حكم مقطع أجر إقطاعه ثم أقطع لغيره(٣)، وإن أجر الناظر العام[١] أو من شرط له وكان أجنبيًّا لم تنفسخ الإجارة بموته ولا عزله(٤)، وإن أجر الولي اليتيم أو

---

(١) ص (٢٢١).

(٢) وهو من يستحق النظر؛ لكونه موقوفاً عليه ولم يشترط الواقف ناظراً، والمراد فيما بقى من المدة؛ لأنه آجر ملكه وملك غيره، فصح في ملكه دون ملك غيره.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤ / ٣٤٤): «وتجوز إجارة الوقف، فإن مات المؤجر فانتقل إلى من بعده؛ لم تنفسخ الإجارة في أحد الوجهين... وهو المذهب على ما اصطلحناه ... والوجه الثاني: تنفسخ، جزم به القاضي ... واختاره ابن عقيل ... والشيخ تقي الدين وغيرهم، قال الشيخ تقي الدين: هذا أصح الوجهين .... قال ابن رجب في قواعده: وهو المذهب الصحيح؛ لأن الطبقة الثانية تستحق العين بمنافعها تلقياً عن الواقف بانقراض الطبقة الأولى، قدمه في الرعاية الصغرى ... قلت: وهو الصواب، وهو المذهب ....».

(٣) أي: وكحكم موقوف عليه حكم مقطع أرضاً وغيرها إقطاع نفع أجر إقطاعه مدة، ثم انتقل ما أجره إلى غيره.

(٤) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤ / ٣٤٥): «محل الخلاف المتقدم =

---

[١] في / س، هـ. بزيادة لفظ: (الأعم).

. . . .

ماله، أو السيد العبد ثم بلغ الصبي ورشد، وعتق العبد أو مات الولي أو عزل؛لم تنفسخ الإجارة(١)،إلا أن يؤجره مدة يعلم بلوغه [أو عتقه][١](٢)

= إذا كان المؤجر هو الموقوف عليه بأصل الاستحقاق، فأما إن كان المؤجر هو الناظر العام، أو من شرط له وكان أجنبياً؛ لم تنفسخ الإجارة بموته قولاً واحداً، قاله المصنف والشارح والشيخ تقي الدين».

لقول الله ـ تعالى ـ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

(١) وهذا هو المذهب، لقوله الله ـ تعالى ـ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾؛ ولأنه عقد لازم بحق الولاية فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوجه.

وفي الإنصاف: «ويحتمل أن تنفسخ وهو وجه في الصبي، وتخريج في العبد من الصبي، قال في القاعدة الرابعة والثلاثين: وعند الشيخ تنفسخ إلا أن يستثنيها في العتق، فإن له استثناء منافعه بالشروط، والاستثناء الحكمي أقوى، بخلاف الصبي إذا بلغ ورشد، فإن الولي تنقطع ولايته عنه بالكلية، فعلى المذهب: لا يرجع العتيق على سيده بشيء من الأجرة، وقيل: يرجع بحق ما بقي كما يلزمه نفقته إن لم يشترطها على مستأجر، قال في الفروع: ويتوجه مثله فيما إذا أجره ثم وقفه ... محل الخلاف إذا لم يعلم بلوغه عند فراغها ...».

(٢) قال المرداوي في الإنصاف (١٤ / ٤٣٩): «ويتصور ذلك بأن يعلق عتقه على صفة توجد في مدة الإجارة».

---

[١] ساقط من / ف.

وَإِنْ آجَرَ الدَّارَ وَنَحْوَهَا مُدَّةً وَلَوْ طَوِيلَةً يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ بَقَاءُ العَيْنِ فِيهَا صَحَّ،

فيها فتنفسخ من حينهما[١](١) (**وإن أجر الدار ونحوها**) كالأرض (**مدة**) معلومة (**ولو طويلة يغلب على الظن بقاء العين فيها ـ صح**)(٢)، ولو ظن عدم العاقد فيها، ولا فرق بين الوقف(٣) والملك؛ لأنه المعتبر

---

(١) وهذا هو المذهب؛ لئلا يتصرف الولي في غير زمن ولايته على المأجور.
وقيل: تنفسخ، قال ابن رجب في القاعدة «السادسة والثلاثين»: هذا الأشهر، واختاره القاضي. (المصدر السابق).

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية، والشافعية: ويعتبر ألا يظن عدم العين المؤجرة في أمد الإجارة؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿**عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ**﴾. ولأن الأصل عدم التحديد.
وعند المالكية، وهو قول الشافعية: لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة؛ لأنها نصف العمر.
وفي قول للشافعية: لا تجوز أكثر من سنة، لاندفاع الحاجة بها.
(بدائع الصنائع: ٤ / ١٨١، وشرح الخرشي: ٧ / ١١، والمهذب: ١ / ٣٩٦، والمغني والشرح الكبير: ٦ / ٧).

(٣) باتفاق الأئمة: أنه إذا اشترط الواقف مدة معينة في إجارة الوقف فيجب مراعاة هذا الشرط، فلا يزيد على المدة المحددة ما لم يكن هناك مصلحة أو ضرورة، فيجوز عن طريق القاضي، أما إذا لم يشترط الواقف مدة معينة بل أطلق، فإنه يجب أن يفعل ما فيه مصلحة الوقف من الإجارة يوميًّا، أو أسبوعاً، أو شهراً أو سنويًّا.
واختلف العلماء في تأجير الوقف مدة طويلة: فالمذهب، وهو قول بعض=

---

[١] في / ظ، هـ، م، ف. بلفظ: (حينها).

. . . .

كون المستأجر يمكنه [استيفاء][١] المنفعة منها غالباً، وليس لوكيل مطلق إجارة مدة طويلة(١)، بل العرف كسنتين ونحوهما(٢)، قاله

= الشافعية: جواز ذلك؛ لما علل به المؤلف.

ومذهب الحنفية، والمالكية، وبه قال كثير من الشافعية، وبعض الحنفية: عدم جواز ذلك؛ لأن الأصل في الوقف التأبيد والدوام والاستمرار؛ لعموم قول النبي ﷺ لعمر: «تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث» متفق عليه، وفي الإجارة الطويلة إبطال لهذا الأصل، ولأن ناظر الوقف إنما يلي إجارة الوقف ما دام حيًّا، وفي الإجارة يتصرف خارج حدود ولايته.

واختلف أصحاب هذا القول في تحديد المدة التي يجوز تأجير الوقف فيها:

ففي الأصح عند الحنفية والشافعية: أنه يجوز إلى ثلاث سنين.

وعند المالكية: تجوز السنة والسنتان ونحوهما إذا كان على معين، فإن كان على غير معين كالفقراء ونحوهم؛ جاز الكراء أربعة أعوام لا أكثر إن كان أرضاً، والعام لا أكثر إن كان داراً، وإن كانت لمن مرجعها إليه فكالعشر، وصورتها: أن من حبس على زيد ثم على عمرو، فإنه يجوز لعمرو أن يكتريها من زيد عشرة أعوام.

وذهب بعض الشافعية وبعض الحنابلة: إلى اعتبار العرف والعادة.

(فتح القدير: ٦/ ٢٤٢، وحاشية ابن عابدين: ٤/ ٤٠٠، والشرح الكبير للدردير وحاشيته: ٤/ ٩٦، ونهاية المحتاج: ٥/ ٣٠٦، وتحفة المحتاج: ٦/ ١٧٣، والمبدع: ٥/ ٨٥، والاختيارات: ص ١٥٤).

(١) أي: وليس لوكيل مطلق غير مقدَّر له أمداً الإجارة مدة طويلة كخمس سنين.

(٢) كثلاث سنين.

[١] ساقط من / م، ف.

وَإِن اسْتَأْجَرَهَا لعَمَلٍ كَدَابَّةٍ لِرُكُوبٍ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ، أَوْ بَقَرٍ لحَرْثٍ، أَوْ دِيَاسِ زَرْعٍ،أَوْ مَنْ يَدُلُّهُ عَلَى طَرِيقٍ،اشْتُرِطَ مَعْرِفَةُ ذَلِكَ وَضَبْطُهُ بِمَا لاَ يَخْتَلِفُ،

الشيخ تقي الدين(١): ولا يشترط أن تلي المدة العقد، فلو أجره سنة خمس في سنة أربع ـ صح(٢)، ولو كانت العين مؤجرة أو مرهونة حال عقد[١] إن قدر على تسليمها عند وجوبه(٣)، (**وإن استأجرها**) أي: العين (**لعمل كدابة لركوب إلى موضع معين أو بقر لحرث**) أرض معلومة بالمشاهدة لاختلافها بالصلابة والرخاوة(٤)، (**أو دياس زرع**) معين أو موصوف؛ لأنها منفعة مباحة مقصودة، (**أو**) استأجر (**من يدله على طريق، اشترط معرفة ذلك**) العمل (**وضبطه بما لا يختلف**)(٥) لأن العمل هو المعقود[٢] عليه، فاشترط فيه العلم؛ كالمبيع.

---

(١) الاختيارات: (ص ١٥٤).

(٢) لجواز العقد عليها مع غيرها، فجاز العقد عليها مفردة كالتي تلي العقد.

(٣) لأنه إنما يشترط القدرة على التسليم عند وجوبه كالسَّلَم.

(٤) ولا تنضبط بالصفة، فتحتاج إلى الرؤية؛ لئلا تكون صلبة تتعب البقر. (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٤ / ٣٦٥).

والأقرب: جواز ضبطه بالصفة إن أمكن ضبطه بها.

(٥) وكذا كل عمل يستأجر عليه يشترط معرفة العمل، وضبطه بما لا يختلف.

---

[١] في / س. بلفظ: (العقد).

[٢] في / ف. بلفظ: (المقصود).

وَلاَ تَصِحُّ عَلَى عَمَلٍ يَخْتَصُّ أَنْ يَكُونَ فَاعِلُهُ مِنْ أَهْلِ القُرْبَةِ،

(ولا تصح) الإجارة **(على عمل يختص أن يكون فاعله من أهل القربة)** أي: مسلماً[1]؛ كالحج[2] . . . .

---

(١) أما ما لا يتعدى نفعه من العبادات المحضة؛ كصلاة الإنسان لنفسه، وصيامه وزكاته وحجه لنفسه، فلا يجوز أخذ الأجرة عليه بلا خلاف؛ لأن الأجر عوض الانتفاع ولم يحصل لغيره انتفاع، وأما ما يقع تارة قربة، وتارة غير قربة؛ كتعليم الخط والحساب، وبناء المساجد ونحو ذلك، فيجوز أخذ العوض عليه.

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية؛ لأن الحج عبادة بدنية فلا يجوز الاستئجار عليها ؛كالصوم والصلاة؛ ولأن الحج يقع طاعة، فلا يجوز أخذ العوض عليه.

وعند المالكية، والشافعية: يجوز أخذ الأجرة على الحج؛ لما روى ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ: أن امرأة من خثعم قالت: يا رسول الله؛ إن أبي أدركته فريضة الله في الحج شيخاً كبيراً:لا يستطيع أن يستوي على ظهر بعيره. قال: «**فحجِّي عنه**» متفق عليه.

فإذا جازت النيابة فيه؛ جاز أخذ الأجرة عليه، ولما يأتي من حديث سهل ابن سعد رضي الله عنه.

قال شيخ الإسلام كما في المجموع (٢٦ / ١٩): «ولا يستحب للرجل أن يأخذ مالاً يحج به عن غيره، إلا لأحد رجلين: إما رجل يحب الحج ورؤية المشاعر، وهو عاجز فيأخذ ما يقضي به وطره الصالح، ويؤدي عن أخيه فريضة الحج، أو رجل يجب أن يبرئ ذمة الميت عن الحج، إما =

. . . .

. . . .

والأذان[١] . . . .

= لصلة بينهما أو لرحمة عامة بالمؤمنين ونحو ذلك، فيأخذ ما يأخذ ليؤدي به ذلك، وجماع هذا أن المستحب أن يأخذ ليحج، لا أن يحج ليأخذ».

(١) فالمذهب ومذهب الحنفية، ووجه الشافعية: لا يجوز أخذ الأجرة على الأذان؛ لما روى عثمان بن أبي العاص قال: «**إن آخر ما عهد إليَّ رسول الله ﷺ أن اتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً**» رواه أبو داود، والترمذي، وصححه النسائي، وابن ماجه، ولورود ذلك عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أخرجه ابن حبان.

وعند المالكية، ووجه عند الشافعية: جواز أخذ الأجرة على الأذان؛ لما روى النسائي أن النبي ﷺ: «**أعطى أبا محذورة صرة فيها شيء من الفضة لما أذن**».

ونوقش: بأنه ليس أجرة؛ لأنه لم يقع على سبيل المشارطة.

(المبسوط: ٤/١٥٨، وجواهر الإكليل: ١/٣٧، ١٦٣، ٢/١٨٩، وروضة الطالبين: ١/٢٠٥، والإنصاف: ٦/٤٥).

أما أخذ الأجرة على الإمامة في الصلاة؛ فالمذهب ـ وهو قول جمهور أهل العلم ـ: أنه لا يجوز؛ لما تقدم من حديث عثمان بن أبي العاص، فالصلاة أشد.

وعند المالكية: إن كانت تابعة للأذان؛ جاز أخذ الأجرة عليها، وإن كانت وحدها فلا، لما يأتي من حديث سهل بن سعد ـ رضي الله عنه ـ: «**إن أحق ما أخذتم عليها أجراً كتاب الله**». متفق عليه. (المصادر السابقة).

. . . .

. . . .

وتعليم القرآن[١]؛ لأن من شرط هذه الأفعال كونها قربة إلى الله - تعالى -

(١) وهذا هو المذهب، وبه قال أبو حنيفة؛ عدم جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن.

ولما روى عبادة بن الصامت - رضي الله عنه - قال: «**علمت ناساً من أهل الصفة القرآن والكتابة، فأهدى إليّ رجل منهم قوساً، قال: قلت: قوس وليست بمال أتقلدها في سبيل الله، فذكرت ذلك للنبي ﷺ، فقال: إن سرَّك أن يقلدك الله قوساً من نار فاقبلها**» رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه، وفي سنده الأسود ابن ثعلبة. قال ابن المديني: «لا نعرفه». (عون المعبود: ٣ / ٢٧٦).

ولما روى عبدالرحمن بن شبل الأنصاري - رضي الله عنه - قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**اقرأوا القرآن ولا تغلوا فيه، ولا تجفوا عنه، ولا تأكلوا به، ولا تستكثروا به**» رواه أحمد، وأبو يعلى، والطبراني في الكبير، والبيهقي، وقال ابن حجر في الفتح ٩ / ١٠١: «سنده قوي».

ولأن من شرط صحة هذه الأفعال كونها قربة إلى الله - تعالى - فلم يجز أخذ الأجر عليها.

وقد نص الحنفية: أنه لا يجوز قراءة القرآن بأجر، وأنه لا يترتب على ذلك ثواب، والآخذ والمعطي آثمان، وأن ما يحدث من قراءة القرآن بأجر عند المقابر والمآتم لا يجوز، والإجارة على مجرد القراءة باطلة.

القول بعدم جواز أخذ الأجرة على تلاوة القرآن قول الشافعية، والحنابلة.

لكنَّ المتأخرين من الحنفية: أجازوا الإجارة على تعليمه استحساناً.

وعند المالكية، والشافعية: يجوز أخذ الأجرة على تعليم القرآن؛ لحديث=

. . . .

. . . .

فلم يجز أخذ الأجرة عليها، كما لو استأجر قوماً يصلون خلفه(١).

ويجوز أخذ رزق على ذلك[١] من بيت المال(٢) وجعالة وأخذ بلا

= سهل بن سعد - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ زوج رجلاً بما معه من القرآن بلفظ: «**اذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن**» متفق عليه. ولحديث ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «**إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله**» متفق عليه.

ولأنه لا يكاد يوجد متبرع فيحتاج إلى بذل الأجر فيه.

(المبسوط: ١٦/ ٣٧، وحاشية ابن عابدين: ٦/ ٥٥، والمدونة: ٤/ ٤١٩، وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني: ٧/ ١٤، وأسنى المطالب: ٢/ ٤١٠، وحاشية البجيرمي: ٥/ ٧١، والمغني مع الشرح الكبير: ٦/ ١٤٠، ومطالب أولي: ٣/ ٦٣٨، ونيل الأوطار: ٥/ ٣٢٦).

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٥٢): «ويجوز أن يأخذ الأجرة على تعليم الفقه والحديث ونحوهما إن كان محتاجاً». (انظر مجموع الفتاوى: ٣٣/ ٢٠٧).

(١) تقدم الكلام على أخذ الأجرة على الإمامة قريباً.

(٢) لحديث عمر - رضي الله عنه -: «**ما أتاك من هذا المال وأنت غير مشرف ولا سائل فخذه**» متفق عليه.

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٥٣): «وأما ما يؤخذ من بيت المال فليس عوضاً وأجرة، بل رزق للإعانة علي الطاعة، فمن عمل منهم لله أثيب، وما يأخذ فهو رزق للمعونة على الطاعة، وكذلك المال =

[١] في / ف. بلفظ: (من بيت المال على ذلك).

. . . .

شرط، ويكره للحر أكل أجرة على حجامة[١] ويطعمه الرقيق والبهائم[٢].

= الموقوف من أعمال البر والموصى به والمنذور كذلك ليس كالأجرة . . ».

(١) الحجامة لغة: مأخوذة من الحجم، وهو المص.

وعند الفقهاء: إخراج الدم من القفا بواسطة المص بعد الشرط بالحجم لا بالعضد.

وعند الخطابي والزرقاني: أنها ليست خاصة بالقفا، بل تكون من سائر البدن.

(إكمال الإكمال: ٤ / ٢٦٥، وشرح الزرقاني على الموطأ: ٢ / ١٨٧، وفتح الباري: ١٢ / ٢٤٤).

(٢) جمهور أهل العلم: جواز أخذ الأجرة على الحجامة.

وعن الإمام أحمد ـ وهو قول طائفة من أهل الحديث ـ: عدم جواز أخذ الأجرة على الحجامة.

(حاشية ابن عابدين: ٥ / ٣٣، وإكمال الإكمال: ٤ / ٢٥١، وشرح النووي لصحيح مسلم: ١٠ / ٢٣٣، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤ / ٣٨٨، ونيل الأوطار: ٦ / ٢٣).

وقال شيخ الإسلام في مجموع الفتاوى (٣٠ / ١٩١): «أما يده إذا لم يكن فيها نجاسة فكسائر أيدي المسلمين، ولا يضر تلويثها بالدم إذا غسلها، وقد ثبت في الصحيحين عن ابن عباس قال: **«احتجم رسول الله ﷺ وأعطى الحجام أجره ولو كان سحتاً لم يعطه إياه»** ولا ريب أن الحجام إذا حجم يستحق أجرة حجمه، وقد أرخص النبي ﷺ له أن يعلفه =

. . . .

وَعَلَى الـمُؤْجِرِ كُلُّ مَا يَتَمَكَّنُ بِهِ مِنَ النَّفْعِ،

(و) يجب (على المؤجر كل ما يتمكن به) المستأجر (من النفع[١])، . . . .

= ناضحه ويطعمه رقيقه كما في حديث محصن . . . واحتج بهذا أكثر العلماء: أنه لا يحرم، وإنما يكره للحر تنزيهاً، قالوا: لو كان حراماً لما أمره أن يطعمه رقيقه . . . ومنهم من قال: بل يحرم؛ لما روى مسلم عن رافع ابن خديج أن رسول الله ﷺ قال: «**كسب الحجام خبيث، وثمن الكلب خبيث، ومهر البغي خبيث**» قال الأولون: قد ثبت عنه أن قال: «**من أكل من هاتين الشجرتين الخبيثتين**» وليستا حراما، فيكون تسميته خبيثاً لملاقاة صاحبه النجاسة».

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارت (ص ١٥٧): «واتخاذ الحجامة صناعة يتكسب بها هو مما نهي عنه عند إمكان الاستغناء عنه، فإنه يفضي إلى كثرة مباشرة النجاسات والاعتناء بها، لكن إذا عمل ذلك العمل بالعوض استحقه، وإلا فلا يجتمع عليه استعماله في مباشرة النجاسة وحرمانه أجرته، ونهي عن أكله مع الاستغناء عنه مع أنه ملكه، وإذا كانت عليه نفقة رقيق أو بهائم يحتاج إلى نفقتها أنفق عليها من ذلك؛ لئلا يفسد ماله، وإذا كان الرجل محتاجاً إلى الكسب ليس له ما يغنيه عنه إلا مسألة الناس؛ فهو خير له من مسألة الناس».

وكذا أكل أجرة على كسح كنيف، لا على إلقاء ميتة وإراقة خمر؛ لعدم مباشرة النجاسة غالباً.

(١) مما جرى به عادة أو عرف، مع إطلاق عقد الإجارة، وهذا ضابط.

. . . .

كَزِمَامِ الجَمَلِ وَرَحْله وَحِزَامِه والشَّدُّ عَلَيْهِ وَشَدُّ الأَحْمَالِ وَالمَحَامِلِ وَالرَّفْعِ وَالحَطُّ وَلُزُومِ البَعِيرِ وَمَفَاتِيحِ الدَّارِ

كزمام الجمل) وهو الذي يقوده به، (**ورحله وحزامه**) بكسر الحاء المهملة، (**والشد عليه**) أي: على الرحل(١)، (**وشد الأحمال والمحامل**(٢) **والرفع والحط** ولزوم البعير) لينزل المستأجر لصلاة فرض(٣) وقضاء حاجة إنسان وطهارة(٤)، ويدع البعير واقفاً حتى يقضي[١] ذلك(٥)، (**ومفاتيح الدار**) على المؤجر؛ لأن عليه التمكين من الانتفاع وبه يحصل، وهي أمانة في يد المستأجر(٦)، (و) على المؤجر - أيضاً -

---

(١) الذي يركب عليه. وفي المصباح ١/٢٢٢: «والرَّحْل: كل شيء يعد للرحيل من وعاء للمتاع ومركب للبعير....»

(٢) التي يركب فيها. وفي المطلع ص (١٧١): «المحمل: .... مركب يركب عليه على البعير».

(٣) لا نافلة؛ لأنها تفعل على الراحلة، ولا لأكل وشرب؛ لأنه يمكن فعله عليها بلا مشقة.

(٤) لأنه لا يمكن فعله على ظهر دابة. (كشاف القناع: ٤/١٥).

(٥) هذا إذا كان الكرى على أن يذهب معه المؤجر، أما من أكرى بعيراً ونحوه لإنسان ليركبه بنفسه وسلمه إليه لم يلزمه سوى ذلك.

وفي الإنصاف (١٤/٤٢٣): «ينبغي أن يرجع في ذلك إلى العرف والعادة».

(٦) فإن ضاعت أو تلفت بغير تفريط أو تعدٍّ من المستأجر؛ فعلى المؤجر بدلها.

---

[١] في / ف. بلفظ: (ويقضى).

وَعِمارَتِهَا، فَأَمَّا تَفْرِيغُ البَالُوعَةِ وَالكَنِيفِ فَيَلْزَمُ الـمُسْتَأْجِرَ إِذَا تَسَلَّمَهَا فَارِغَةً.

(**عمارتها**) فلو سقط حائط أو خشبة؛ فعليه إعادته[١].

(**فأما تفريغ البالوعة**[٢] **والكنيف**)[٣] وما في الدار من زبل أو قمامة ومصارف حمام (**فيلزم المستأجر إذا تسلمها فارغة**)[٤] من ذلك؛ لأنه حصل بفعله فكان عليه تنظيفه.

ويصح كراء العقبة بأن يركب في بعض الطريق ويمشي في بعض مع العلم به، إما بالفراسخ أو الزمان[٥]، وإن استأجر اثنان جملاً

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأنه لا يحصل الانتفاع إلا بذلك.

وعند المالكية: لا يجبر المؤجر على الإصلاح، ويخير الساكن بين السكنى، ويلزمه الكراء كاملاً أو الخروج منها.

(حاشية ابن عابدين: ٥/٦٦، والشرح الصغير: ٤/٧٠، وحاشية الدسوقي: ٤/٤٥، والمهذب: ١/٤٠١، وكشاف القناع: ٤/١٦).

(٢) في المصباح (١/٦١): «البالوعة: ثقب ينزل فيه الماء، والبلُّوعة بتشديد اللام لغة فيها».

(٣) المرحاض، وسمي بذلك؛ لأنه يستر قاضي الحاجة. (المصباح: ٢/٥٤٢).

(٤) في الإنصاف: «بلا نزاع»، وإن كان هناك شيء اشتركا في إخراجه.

(٥) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٤/٤٣٣): «قال أصحابنا: يصح كراء العقبة، وهو مذهب الشافعي، ومعناها: الركوب في بعض الطريق يركب شيئاً ويمشي شيئاً؛ لأنه إذا جاز اكتراؤها في الجميع؛ جاز في =

....

يتعاقبان عليه ـ صح، وإن اختلفا في البادئ منها؛ أقرع بينهما في الأصح[(١)]، قاله في «المبدع»[(٢)].

* * *

= البعض ... وإن شرط أن يركب يوماً ويمشي يوماً جاز».

(١) لأنه لا مرجح لأحدهما على الآخر فتعينت القرعة.

وفي الشرح الكبير: «ويحتمل ألا يصح كراؤهما إلا أن يتفقا على ركوب معلوم لكل واحد منهما؛ لأنه عقد مجهول بالنسبة إلى كل واحد منهما فلم يصح، كما لو اشتريا عبدين».

(٢) (٥/٨٦).

* * *

فصلٌ

وَهِيَ عَقْدٌ لازِمٌ،

فصل[١]

(وهي) أي: الإجارة (عقد لازم) من الطرفين[٢]؛ لأنها نوع من البيع، فليس لأحدهما فسخها[٣] . . . .

---

(١) أي في لزوم عقد الإجارة، وما يوجب الفسخ، ويلزم الأجير، وغير ذلك.

(٢) وهذا باتفاق الأئمة، ولم يخالف في ذلك إلا القاضي شريح فإنه قال: عقد جائز.

(تبيين الحقائق: ٥/١٤٥، وبداية المجتهد: ٢/١٧٣، والمهذب: ١٠/٤٠٧، والمغني مع الشرح الكبير: ٦/٢٠).

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول الشافعية؛ لما استدل به المؤلف ولقوله ـ تعالى ـ: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾.

فلا يملك أحد المتعاقدين الانفراد بفسخ العقد، إلا لمقتض تنفسخ به العقود اللازمة ،كظهور العيب، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة، كما سيأتي.

وعند الحنفية: يجوز للمستأجر فسخ الإجارة للعذر الطارئ على أحد المتعاقدين أو المستأجر، إذ الأصل في الأجرة أنها تتجدد بتجدد المنفعة، ولأن الحاجة تدعو إليه عند العذر، ولو لزم العقد حينئذ؛ للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد، فمثال العذر من قبل المستأجر: أن يفلس، أو ينتقل من حرفة إلى حرفة، وكذا لو استأجر شخصاً ليخيط له ثوباً أو يهدم داراً ونحو ذلك، ثم بدا له ألا يفعل؛ فله الفسخ، ومثل أن يستأجر=

. . . .

فَإِنْ آجَرَهُ شَيْئاً وَمَنَعَهُ كُلَّ المُدَّةِ أَوْ بَعْضَهَا فَلاَ شَيْءَ لَهُ،

لغير عيب أو نحوه[١]، (**فإن أجره شيئاً ومنعه**) أي: منع المؤجر (**كل المدة أو بعضها**) بأن سلمه العين ثم حوله قبل أن يقضي المدة (**فلا شيء له**)[٢] من الأجرة؛ لأنه لم يسلم له ما تناوله عقد الإجارة؛فلم يستحق

= دكاناً يتجر فيه، فيحترق متاعه أو يسرق؛ ومثل ذلك ـ أيضاً ـ لو أجرت امرأة نفسها ظئراً، وهي تعاب على ذلك فلأهلها الفسخ، وكذا الصبي إذا آجره وليه، ثم بلغ مدة الإجارة فهو عذر يخول له الفسخ، وكذا الوقف إذا غلا أجر المثل فللناظر الفسخ، ويجدد العقد على سعر الغلاء.

ومثال العذر من قبل المؤجر: أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المستأجرة فيحق فسخ العقد لكن عند الصاحبين إذا كان الدين ثابتاً بعد عقد الإجارة فلا يحق له الفسخ خلافاً لأبي حنيفة.

وعند المالكية: يحق الفسخ إذا كان الفسخ بعذر غصب العين المتسأجرة، أو أمر ظالم بإغلاق الحوانيت المكتراه، أو حملت ظئر أو مرضت؛ لأن لبن الحامل أو مرضها يضر الرضيع.

(بدائع الصنائع: ٤ / ١٩٨، والفتاوى الهندية: ٤ / ٤٥٨، والشرح الصغير: ٤ / ٥١، والمهذب: ١ / ٤٠٥، ومنهاج الطالبين: ٣ / ٨١، والمقنع مع الشرح الكبير: ١٤ / ٤٣٤).

(١) كتدليس.

(٢) وهذا هو المذهب لما علل به.

وفي المغني (٨ / ٢٦): «وقال أكثر الفقهاء: له أجر ما سكن؛ لأنه استوفى ملك غيره على وجه المعاوضة فلزمه عوضه؛ كالمبيع إذا استوفى =

. . . .

وَإِنْ بدأَ الآخَرُ قَبْلَ انقضَائِهَا فَعَلَيْه،

شيئاً(١)، **(وإن بدأ الآخر)** أي: المستأجر[١] فتحول **(قبل انقضائها)** أي: انقضاء مدة الإجارة، **(فعليه)** جميع الأجرة؛ لأنها عقد لازم، فترتب مقتضاها، وهو ملك المؤجر الأجر والمستأجر المنافع(٢).

= بعضه، ومنعه المالك بقيته ..... والحكم في من اكترى دابة فامتنع المكري من تسليمها في بعض المدة، أو أجر نفسه؛ أو عبده للخدمة مدة وامتنع من إتمامها، أو أجر نفسه لبناء حائط أو خياطة، أو حفر بئر، أو حمل شيء إلى مكان وامتنع من إتمام العمل مع القدرة عليه كالحكم في العقار يمتنع من تسليمه، وأنه لا يستحق شيئاً لما ذكر».

وقال في المغني ٨/ ١٩: «وإذا استوفى المسأجر المنافع استقر الأجر؛ لأنه قبض المعقود عليه.... وإن سلمت إليه العين التي وقعت الإجارة عليها ومضت المدة، ولا حاجز له عن الانتفاع استقر الأجر؛ لأن المعقود عليه تلف تحت يده.... وإن كانت الإجارة على عمل... مثل أن يكتري دابة فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها فقال أصحابنا: يستقر عليه الأجر، وهو مذهب الشافعي؛ لأن المنافع تلفت تحت يده.

وقال أبو حنيفة: لا يستقر الأجر عليه حتى يستوفي المنفعة؛ لأنه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر بدلها».

(١) كما لو استأجره لحمل كتاب إلى بلد فحمله بعض الطريق، ونحو ذلك.

(٢) في المغني: (٨/ ٢٥): «فإن تصرف فيها - أي المستأجر - قبل تقضي المدة، مثل أن يكتري داراً سنة فيسكنها شهراً ويتركها، فيسكنها المالك بقية السنة أو يؤجرها لغيره، احتمل أن ينفسخ العقد فيما استوفاه المالك؛ لأنه تصرف فيه قبل قبض المكتري له، أشبه ما لو تلف المكيل قبل =

---

[١] في / س بزيادة لفظ: (المنافع).

وَتَنْفَسِخُ بِتَلَفِ العَيْنِ الـمُؤَجَّرَةِ

(وتنفسخ) الإجارة (بتلف العين المؤجرة) كدابة وعبد ماتا(١)؛ لأن المنفعة زالت بالكلية(٢)، وإن كان التلف بعد مضي مدة لها أجرة انفسخت فيما بقي ووجب للماضي القسط[١](٣).

= تسليمه وسلم باقيه،فعلى إن تصرف المالك في بعض المدة دون بعض انفسخ العقد في قدر ما تصرف فيه خاصة وعلى المستأجر أجر ما بقي، فإن سكن المستأجر شهراً وتركها شهراً، وسكن المالك عشرة أشهر لزم المستأجر أجر شهرين، وإن سكنها شهراً وسكن المالك شهرين ثم تركها فعلى المستأجر أجر عشرة أشهر، ويحتمل: أن يلزم المستأجر أجر جميع المدة، وله على المالك أجر المثل لما سكن أو تصرف فيه بقسط ذلك مما على المستأجر من الأجر ويلزمه الباقي ... والأول أولى، وهو ظاهر مذهب الشافعي».

(١) باتفاق الأئمة: أن الإجارة تنفسخ بتلف العين المؤجرة. (المصادر الآتية).

(٢) لأن قبضها إنما يكون باستيفائها أو التمكن منه ولم يحصل ذلك، ولو كان المتلف المتسأجر. (كشاف القناع ٤ /٢٧).

(٣) لأن المعقود عليه المنافع، وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض،فإن كان أجر المدة متساوياً فعليه بقدر ما مضى إن كان ما مضى النصف، فالنصف،أو الثلث فالثلث،كما يقسم الثمن على المبيع المتساوي، وإن كان مختلفاً رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة، ويقسط الأجر المسمى على حسب قيمة المنفعة، هذا إن كان العقد على عينها، وإن لم يكن العقد على عينها، بل استأجره ليحمله إلى موضع معين ووصف له مركوباً لزمه إقامة غيرها إذا ماتت. (تقدم كلام ابن قدامة قريباً).

[١] في / ف. بلفظ: (السقط).

وَبِمَوْتِ المُرْتَضِعِ وَالرَّاكِبِ إِنْ لَمْ يُخَلِّفْ بَدَلاً،

(و) تنفسخ الإجارة - أيضاً - (**بموت المرتضع**)[١] لتعذر استيفاء المعقود [عليه][١]، لأن غيره لا يقوم مقامه لاختلافهم في الرضاع.

(و) تنفسخ الإجارة - أيضاً - بموت (**الراكب إن لم يُخَلِّفْ بَدلاً**) أي: من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة بأن لم يكن وارثاً[٢]، أو كان غائباً[٣] - كمن[٢] يموت بطريق مكة ويترك جمله - فظاهر كلام أحمد أنها تنفسخ في الباقي[٤]؛ لأنه قد جاء أمر غالب منع المستأجر منفعة

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف.
وعند بعض الشافعية: لا تنفسخ؛ لأن المنفعة باقية، وإنما هلك المستوفي، فلو تراضيا على إرضاع صبي آخر جاز.
(بدائع الصنائع: ٤/ ١٨٤، وبداية المجتهد: ٢/ ٢٥١، وحاشية الدسوقي: ٤/ ١٣، والمهذب: ١/ ٤٠٦، ونهاية المحتاج: ٢٩٢٥، وكشاف القناع ٤/ ٢٧).
وكذا إذا امتنع من الرضاع منها، أو ماتت المرضعة.

(٢) هذه إحدى الروايتين، اختارها ابن قدامة، وصاحب الشرح الكبير، والصحيح من المذهب: أن الإجارة لا تنفسخ بموت الراكب مطلقاً.
قال الزركشي: «هذا المنصوص، وعليه الأصحاب إلا أبا محمد».
(الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٤/ ٤٤٩).

(٣) لفوات انتفاعه بنفسه وبنائبه.

(٤) المغني: (٨/ ٤٤).

---

[١] ساقط من / س.

[٢] في / م، ف. بلفظ: (اشبهت).

وَانْقِلاعِ ضَرْسٍ أَوْ بُرْئِهِ وَنَحْوِهِ،

العين أشبه[١] ما لو غصبت، هذا كلامه في «المقنع»(١) والذي في «الإقناع» و«المنتهى»(٢) وغيرهما(٣): أنها[٢] لا تبطل بموت راكب.

(و) تنفسخ أيضاً (**بانقلاع ضرس**) اكترى لقلعه (**أو برئه**) لتعذر استيفاء المعقود عليه(٤)، فإن لم يبرأ وامتنع المستأجر من قلعه؛ لم يجبر(٥) (**ونحوه**) أي: تنفسخ الإجارة بنحو ذلك، كاستئجار طبيب ليداويه فبرئ.

---

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف (١٤/ ٤٤٩): «لأن بقاء العقد ضرر في حق المكري والمكتري؛ لأن المكتري يجب عليه الكراء من غير نفع، والمكري يمتنع عليه التصرف في ماله، ونظيره لو اكترى من يقلع ضرسه فبرأ أو انقلع قبل قلعه، أو اكترى كحالاً ليكحل عينه فبرأت أو ذهبت. (المغني: ٨/ ٤٤).

(٢) الإقناع مع شرحه ٤/ ٢٧، والمنتهى ١/ ٤٩٠.

(٣) كالإنصاف كما تقدم.

(٤) أشبه ما لو تعذر بالموت، وهذا باتفاق الفقهاء؛ لما علل به المؤلف. (المهذب: ١/ ٤١٣، وحاشية الشيرواني: ٥/ ٢٩٢، وأسنى المطالب: ٢/ ٤٠٩، والمغني والشرح الكبير: ٦/ ١٢٦).

(٥) ولزمته أجرة المثل، فالأجير إذا بذل العمل، ومكن منه؛ استحق الأجرة.

وأما إن شارطه على البرء فيجوز، اختاره ابن قدامة؛ لأن أبا سعيد ـ رضي الله عنه ـ حين رقىٰ اللديغ شارطه على البرء، متفق عليه. لكن يكون جعالة، ولا يستحق شيئاً من الأجرة حتى يوجد البرء. (المغني ٨/ ١٢٢).

---

[١] في / س. بلفظ: (غصب).

[٢] في / س. بلفظ: (أنها تبطل).

لاَ بِمَوْتِ الـمُتَعَاقِدَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا، وَلاَ بِضَيَاعَ نَفَقَةِ الـمُسْتَأْجِرِ وَنَحْوِهِ،

و (**لا**) تنفسخ (**بموت المتعاقدين أو أحدهما**)[1] مع سلامة المعقود عليه للزومها.

(**ولا**) تنفسخ بعذر لأحدهما مثل (**ضياع نفقة المستأجر**) للحج (**ونحوه**)، كاحتراق متاع من اكترى دكاناً لبيعه[2].

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لحديث ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ قال: لما فتحت خيبر سأل اليهود رسول الله ﷺ أن يقرهم فيها على أن يعملوا على نصف ما يخرج منها من الثمر والزرع، فقال رسول الله ﷺ: «**نقركم فيها على ذلك ما شئنا**» متفق عليه. ولم يرد أن أبا بكر جدد الإجارة. ولأن الإجارة عقد لازم، فلا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين ما دام أن استيفاء المنفعة باق.
وعند الحنفية: تنفسخ بموت أحد المتعاقدين؛ لأن العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب حدوث المنافع، فإذا مات المؤجر، فالمنافع التي تستحق بالعقد تحدث على ملك الوارث، ولم يكن عاقداً ولا راضياً، وإن مات المستأجر؛ فالمنفعة لا تورث.
(تبيين الحقائق: ٥ / ١٤٤، وحاشية ابن عابدين: ٥ / ٥٢، والشرح الصغير: ٤ / ١٧٩، وحاشية الدسوقي: ٤ / ٤٢، وحاشية القليوبي: ٣ / ٨٤، وشرح المنتهى: ٣٧٢).

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لقول الله ـ تعالى ـ: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾، ولأن عقد الإجارة عقد على معاوضة، فلا يجوز فسخه لعذر في غير المعقود عليه؛ كالبيع. =

وَإِن اكْتَرَى دَاراً فَانْهَدَمَتْ أَوْ أَرْضاً لِزَرْعٍ فَانْقَطَعَ مَاؤُهَا، أَوْ غَرِقَتْ، انْفَسَخَتِ الإِجَارَةُ فِي البَاقِي،

(**وإن اكترى داراً فانهدمت أو**) اكترى (**أرضاً لزرع فانقطع ماؤها أو غرقت ـ انفسخت الإجارة في الباقي**)(١) من المدة؛ لأن المقصود [بالعقد][١] قد فات أشبه ما لو تلف، وإن أجره أرضاً بلا ماء؛

وعند الحنفية: يفسخ عقد الإجارة بهذا العذر ونحوه؛ لأن المنافع في عقد الإجارة غير مقبوضة عند العقد، فإذا حدث عذر في الإجارة؛ صار كالعيب في المبيع قبل قبضه. وتقدم قريباً أول الفصل.
(البناية شرح الهداية: ٧/١٠١٩، والبهجة شرح التحفة: ٢/١٧٨، ونهاية المحتاج: ٥/٣١٧، والمبدع: ٥/١٠٤، وشرح المنتهى: ٢/٣٧٢).
وإن كان العذر عامًّا كما لو حوصرت بلدة المستأجر، فلم يستطع الخروج إلى الأرض التي استأجرها للزراعة، أو وقع خوف في الطريق ونحو ذلك.
فجمهور أهل العلم: أن المستأجر له فسخ الإجارة بهذه الجائحة؛ لأن ذلك أمر غالب يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة المعقود عليها فيثبت الخيار؛ كغصب العين المستأجرة.
وعند الشافعية: لا تنفسخ الإجارة بهذه الجوائح؛ لأنه لم يسبب خللاً في المنفعة المعقود عليها. (المصادر السابقة).
(١) وهذا هو المذهب، لما علل به المؤلف.
وكذا عند الحنفية والمالكية: إذا انقطع الماء عن الأرض أو غرقت قبل فوات وقت الزرع؛ سقط الأجر.
وعند الشافعية: أن المكتري بالخيار بين فسخ العقد؛ لأن المنفعة المقصودة قد فاتت، وبين إبقائه؛ لأن العين باقية يمكن الانتفاع بها، وإنما نقصت =

---

[١] ساقط من / م، ف.

. . . .

صح(١)، وكذا إن أطلق مع علمه بحالها(٢).

وإن ظن وجوده بالأمطار وزيادة الأنهار ـ صح كالعلم(٣)، وإن غصبت المؤجرة؛ خُيِّر المستأجر بين الفسخ وعليه أجرة ما مضى، وبين الإمضاء ومطالبة[١] الغاصب بأجرة المثل(٤).

= منفعتها كما لو حدث عيب.

(الفتاوى الهندية: ٤ / ٤٦١، وحاشية الدسوقي: ٤ / ٥٠، والمهذب: ١ / ٣٩٥، وكشاف القناع: ٤ / ٢٢).

قال شيخ الإسلام في مجموع الفتاوى (٣٠ / ٣٠٨) في رجل استأجر قرية وغلب على أرضها الماء: له أن يفسخ الإجارة، وله أن يحط من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة».

(١) لأنه يتمكن من الانتفاع بها، والنزول فيها، ووضع رحله فيها، وجمع الحطب، ونحو ذلك.

(٢) لأن العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط، كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه.

(٣) لأن حصوله معتاد، والظاهر وجوده بالمطر، أو زيادة النهر، ولا تصح لأرض لا ماء لها إن ظن إمكان تحصيله، أو لم يعلم أنها لا ماء لها، وكذا الأرض التي يندر مجيء الأمطار إليها.

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم.

وللحنفية قولان: الأول: أنها لا تنفسخ بغصب العين، ولو غصبت بعض المدة بحسابه.

والثاني: كقول الجمهور. =

---

[١] في / هـ. بلفظ: (يطالب).

وَإِنْ وَجَدَ العَيْنَ مَعِيبَةً أَوْ حَدَثَ بِهَا عَيْبٌ؛

ومن استؤجر لعمل شيء فمرض؛ أقيم مقامه من ماله من يعمله[(١)] ما لم تشترط مباشرته[(٢)]، أو يختلف فيه القصد؛ كالنسخ[(٣)] فيتخير[[١]] فيه المستأجر بين الصبر والفسخ.

(وإن وجد) المستأجر (العين معيبة أو حدث بها) عنده (عيب)[(٤)]،

(كشف الحقائق ٢/١٦٥، والدر المختار وشرحه ٢/٢٧٨، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤/٣١، و حاشية القليوبي: ٣/٨٥، وكشاف القناع: ٤/١٩).

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٤/٤٥٧): «إذا غصبت العين المستأجرة فللمستأجر الفسخ؛ لأن فيه تأخير حقه ... وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الإجارة؛ فله الخيار بين الفسخ والرجوع - بالمسمى، وبين البقاء على العقد ومطالبة - الغاصب بأجر المثل؛ لأن المعقود عليه لم يفت مطلقاً بل إلى بدل وهو القيمة، فأشبه ما لو أتلف الثمرة المبيعة آدمي قبل قطعها».

فإن كانت الإجارة على موصوف في الذمة لزمه بدلها، فإن تعذر كان له الفسخ.

(١) في المغني (٨/٣٦): «لأنه حق وجب في ذمته فوجب عليه إيفاؤه كالمسلم فيه، ولا يجب على المستأجر إنظاره؛ لأن العقد بإطلاقه يقتضي التعجيل، وفي التأخير إضرار به»

(٢) إذ المسلمون على شروطهم.

(٣) لاختلاف الخطوط، ولأن الغرض قد لا يحصل به.

(٤) باتفاق الأئمة: أنه إذا وجد المستأجر بالمعقود عليه عيباً، أو حدث به عيب مدة العقد **أن له الفسخ**، لأن المنافع تتجدد. =

---

[١] في / م، ف. بلفظ: (فيخير المستأجر)، وفي / هـ. بلفظ: (فيتخير المستأجر).

فَلَهُ الفَسْخُ، وَعَلَيْهِ أُجْرَةُ ما مَضَى،

وهو ما يظهر به تفاوت الأجر(١)؛ **(فله الفسخ)** إن لم يزل بلا ضرر يلحقه(٢)، **(وعليه أجرة ما مضى)** لاستيفائه المنفعة فيه، وله الإمضاء مجاناً(٣) والخيار على التراخي(٤).

ويجوز بيع العين المؤجرة[١](٥) . . . .

= (بدائع الصنائع: ٤/١٩٩، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤/٢٩، والمهذب: ١/٤٠٥، والإنصاف: ٦/٦٦).

(١) بأن تكون الأجرة معه دونها مع عدمه، كمبيع وجد به عيباً ينقص قيمته.

(٢) وإن زال العيب قبل الفسخ بأن زال العرج عن الدابة، أو بادر المكتري إلى إصلاح الدار بطل حق المستأجر في الفسخ؛ لأنه لا يلحقه ضرر. (المصادر السابقة).

(٣) فلا أرش، وهذا هو المذهب، وقيل: يملك الإمساك مع الأرش، وهو تخريج لابن قدامة، وقال في المحرر وتبعه في الفروع وغيره: وقياس المذهب له الفسخ أو الإمساك مع الأرش ... قال الشيخ تقي الدين: إن لم نقل بالأرش فورود ضعفه على أصل أحمد بيِّن.
وإن اختلف في الموجود هل هو عيب رجع فيه إلى أهل الخبرة، وإن لم يعلم بالعيب حتى فرغت المدة لزمته الأجرة كاملة على المذهب وصوب في الإنصاف لزوم الأرش للمستأجر، وإن علم فلا؛ كمبيع. (الإنصاف مع الشرح: ١٤/٤٦٤).

(٤) ولو مضى فيه بعد العلم بخلاف البيع؛ لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئاً فشيئاً.

(٥) اتفاقاً. (المصادر السابقة). =

---

[١] في / ف. بلفظ: (والمؤجره).

وَلاَ يَضْمَنُ أَجِيرٌ خَاصٌّ

ولا تنفسخ الإجارة به[١] وللمشتري الفسخ إن لم يعلم[٢].

(ولا يضمن أجير خاص)[٣] وهو من استؤجر مدة معلومة يستحق

لأن الإجارة عقد على المنافع فلم تمنع الصحة، كبيع الأمة إذا زوجها.
والمشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى انقضاء الإجارة، والأجرة للبائع، وهو ظاهر الإنصاف، وقيد في الغاية إذا لم يعلم المشتري أنها مؤجرة، فإن علم فلا أجرة له ولا فسخ.
(الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٤ / ٤٦٥، وغاية المنتهى: ٢ / ٢٠٧).

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية، والشافعية؛ لأن المعقود عليه في البيع هو العين، والمعقود عليه في الإجارة هو المنافع، فلا تعارض.
وعند المالكية: إن كان هناك تهمة فلا تنفسخ الإجارة بالبيع، وإن لم يكن هناك تهمة فتنفسخ الإجارة بالبيع.
وذهب بعض الشافعية: إلى انفساخ الإجارة بالبيع؛ لأن الإجارة تمنع من التسليم فتناقضا.
(بدائع الصنائع: ٤ / ٢٠٧، وحاشية ابن عابدين: ٥ / ٥٣، وحاشية الدسوقي: ٤ / ٣٠، ٣٣، ٩٤، وحاشية الصاوي: ٤ / ٥٥، ونهاية المحتاج: ٥ / ٢٥، وشرح روض الطالب: ٤ / ٣٥، وشرح المنتهى: ٢ / ٢٣١).

(٢) وجزم في التنقيح بأن الأجرة له، وفي الإقناع: للبائع وله الإمضاء مجاناً.
قال الإمام أحمد: هو عيب، أي: فله الأرش. (التنقيح ص ٢٢٤، وكشاف القناع: ٤ / ٣١).

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، لما علل به المؤلف، ولقوله تعالى: ﴿**وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ**﴾ فالله نهى عن أكل =

مَا جَنَتْ يَدُهُ خَطَأً،

المستأجر نفعه في جميعها(١) سوى فعل الخمس بسننها في أوقاتها وصلاة جمعة وعيد(٢)،وسمي[١] خاصًّا لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة، ولا يستنيب[٢] **(ما جنت يده خطأ)**(٣) لأنه نائب المالك في صرف منافعه فيما أمر به فلم يضمن؛كالوكيل، وإن تعدى أو فرط؛ضمن(٤).

= الأموال، بالباطل فيدخل في ذلك الأجير الخاص، فيحرم تضمينه ما لم يتعد أو يفرط. ولأنه أمين فلم يضمن من غير تعد أو تفريط قياساً على المودَع. (العدة: ص ٢٧٠).

وعند بعض الشافعية: يضمن الأجير الخاص ما تلف تحت يده مطلقاً.

لما روى خلاس بن عمرو قال: «**كان علي بن أبي طالب يضمن الأجير**» رواه البيهقي (٦/ ١٢٢)، وقال: «وأهل العلم بالحديث يضعفون أحاديث خلاس عن عليّ».

وبالقياس على الأجير المشترك.

ونوقش: بعد تسليم تضمين الأجير المشرك إلا مع التعدي أو التفريط.

(١) لا يشاركه فيها أحد كمن استؤجر لخدمة، أو رعاية شهراً، فإن لم يستحق نفعه في جميع الزمن فمشترك.

(٢) فإن أزمنة تلك مستثناة شرعاً، فلا تدخل في العقد لوجوب تقديم حق الله تعالى. (حاشية ابن قاسم ٥/ ٣٣٦).

(٣) كما لو انكسرت الجرة التي يستقي بها، أو الآلة التي يعمل بها.

(٤) قياساً على الغاصب، وغير الأجير.

(المغني: ٨/ ١٠٦، وشرح المنتهى: ٢/ ٣٧٧).

ويستحق الأجرة بتسليم نفسه، عمل أو لم يعمل.

---

[١] في / س. بلفظ: (يسمى). [٢] في / ز. بلفظ (ولا يضمن).

وَلاَ حَجَّامٌ، وَطَبَيبٌ، وَبَيْطَاّر

(ولا) يضمن أيضاً **(حجام وطبيب وبيطار)**(١) وختان . . . . .

---

(١) تضمين الطبيب ونحوه له حالات:

الأولـــى: أن يكون حاذقاً قد أعطى الصنعة حقها، ولم تجن يده، فلم يتجاوز ما أذن له فيه، فلا يضمن الطبيب ما ترتب على مداواته من تلف أو ذهاب منفعة بإتفاق الأئمة؛ لقوله ـ تعالى ـ:﴿ **فَلا عُدْوَانَ إِلاَّ عَلَى الظَّالِمِينَ** ﴾، والطبيب إذا كان حاذقاً ولم تجن يده، فليس بمتعد، ولحديث عبدالله بن عمرو ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال: « **من تطبب وهو لا يعلم منه طب فهو ضامن** » رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه والحاكم وصححه.

وورد عن عمر وعلي ـ رضي الله عنهما ـ: « **أن من تطبب على أحد من المسلمين، ولم يكن بالطب فأصاب نفساً فما دونها، فعليه دية ما أصاب** » أورده ابن عبدالبر في الاستذكار: (٢٥ / ٤).

الثانية: ألا يكون الطبيب حاذقاً، بل متطبباً جاهلاً، ضمن بالاتفاق، كما نقله الخطابي كما في معالم السنن (٤ / ٣٩)، وابن القيم في الطب النبوي (ص ٥٩٩) لما تقدم من الأدلة، فمفهومها تدل على تضمين غير الحاذق.

الثالثة: أن يكون حاذقاً قد أعطى الصنعة حقها، لكنه أخطأ فأتلف نفساً أو عضواً أو منفعة، فإن تعدى أو فرط ضمن لما تقدم من الأدلة.

وإن لم يتعد أو يفرط لكن تخطئ يده، فتزل يد الخاتن مثلا فيتجاوز بالختان موضع القطع مثلاً، أو تتحرك يد الطبيب فيقطع موضعاً آخر، فجمهور أهل العلم: أنه يضمن مطلقاً. =

. . . .

. . . .

. . . .

= ولكن عند الحنفية: إن حصل بفعله هلاك ضمن نصف الدية، وإن لم يحصل بفعله هلاك ضمن جميع الدية.

استدل الجمهور: أنه قتل بغير حق، لأن حقه في قطع السلعة، أو الحشفة مثلاً، وقد سرى إلى القتل فيضمن كما لو جنى خطأ.

ولأن الخطأ ما لم يقصده الفاعل ولم يرده، وفعل الخاتن والطبيب من هذا المعنى.

ونوقش: هذا الاستدلال بالفرق، إذ الطبيب ونحوه أمين قد أذن له بخلاف المخطئ.

وفي قول للإمام مالك: أنه لا يضمن إلا إن تعدى أو فرط.

وقال ابن عقيل: إن كان مشتركاً لم يضمن، وإن كان خاصًّا ضمن.

ودليل هذا القول: ما تقدم من الأدلة على تضمين الطبيب، ولأنه مؤتمن على بدن المريض، والأصل عدم تضمين الأمين إلّا بالتعدي أو التفريط.

الحال الرابعة: أن يكون الطبيب حاذقاً فيجتهد في وصف الدواء للمريض فيخطئ، إما في صفة العلاج، أو كميته، فتأخذ هذه الحال حكم الحال السابقة.

الحال الخامسة: أن يكون الطبيب حاذقاً، لكن يداوي المريض بلا إذن.

فإن كان غير متبرع بل مستأجر، فلابد من رضا المريض وأهليته للإذن بأن يكون بالغاً عاقلاً، فإن لم يكن أهلاً فلابد من إذن وليه، إذ عقد الإجارة لا يدفيه من الرضا.

فإن كان الطبيب متبرعاً، فجمهور أهل العلم: أنه لابد من الإذن، فإن لم يستأذن ضمن؛ لأنه إذا لم يستأذن كان متعدياً على المريض؛ لعدم الإذن. =

. . . .

لَمْ تَجْنِ أَيْدِيهِمْ إِنْ عُرِفَ حِذْقُهُمْ، وَلاَ رَاعٍ لَمْ يَتَعَدَّ،

(**لم تجن أيديهم إن عرف حذقهم**) أي: معرفتهم صنعتهم؛ لأنه فعل مباحاً لم يضمن سرايته[١]، ولا فرق بين خاصهم ومشتركهم[٢]، فإن لم يكن لهم حذق في الصنعة ضمنوا؛ لأنه لا يحل لهم مباشرة القطع إذاً، وكذا لو كان حاذقاً وجنت يده، بأن تجاوز بالختان إلى بعض الحشفة، أو بآلة كالة، أو تجاوز بقطع السلعة موضعها ضمن؛ لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ[٣].

(**ولا**) يضمن أيضاً (**راع لم يتعد**)[٤][٥] لأنه مؤتمن على الحفظ

= وعند ابن حزم واختاره ابن القيم: أنه لا يضمن في هذه الحال، لقوله ـ تعالى ـ: ﴿**مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ**﴾.

(بدائع الصنائع: ٧/ ٣٠٥، وتكملة البحر الرائق: ٨/ ٣٣، والمنتقى للباجي: ٧/ ٧٧، وتبصرة الحكام: ٢/ ٨٠، وروضة الطالبين).

(١) كقطع الإمام يد السارق.

(٢) في عدم الضمان إذا عرف حذقهم، وتقدم.

(٣) فأشبه إتلاف المال.

(٤) أو يفرط بنوم أو غيبة عنها ونحوه، وإن اختلفا في التعدي وعدمه فقول الراعي، وإن اختلفا في كونه متعدياً رجع إلى أهل الخبرة، وإن ادعى موت شاة ونحوها؛ قُبِلَ قوله وإن لم يأت بشيء منها. (كشاف القناع٤/ ٣٤).

(٥) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، لما علل به المؤلف، ولأن الماشية أعيان قبضها الراعي بحكم الإجارة، فلم يضمنها من غير =

وَيَضْمَنُ الـمُشْتَرِكُ

كالمودع[١]، فإن تعدى أو فرط ضمن[٢].

(ويضمن) الأجير **(المشترك)** وهو من قدر نفعه بالعمل[٣]، كخياطة ثوب وبناء حائط، سمي مشتركاً؛ لأنه يتقبل أعمالاً لجماعة في وقت واحد يعمل لهم فيشتركون في نفعه[٤] كالحائك والقصار والصباغ والحمال[٥]، فكل منهم ضامن.

= تعدٍّ أو تفريط قياساً على العين المستأجرة.

وعند أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية: أنه يضمن مطلقاً.

ودليل هذا القول: ما يأتي من الدليل على تضمين الأجير المشترك.

(بدائع الصنائع: ٤/ ٢١٠-٢١٢، والتفريع: ٢/ ١٨٧، وروضة الطالبين: ٥/ ٢٢٨، والعدة: ص ٢٧١، والمبدع: ٥/ ١١١).

(١) فيتعذر عليه إقامة البينة في الغالب.

(٢) كالمودع. (المغني: ٨/ ١٢٣).

مثل أن ينام عن الماشية، أو يغفل عنها، أو يتركها تتباعد عنه، أو يسرف في ضربها. (المغني: ٨/ ١٢٣).

(٣) ويتقبل أعمالاً لجماعة في وقت لا يختص بنفعه واحد، وكونه عمله مقدراً بمدة لا يخرجه عن كونه مشتركاً.

(٤) فتتعلق الإجارة بذمته.

(٥) والخباز، والخياط، والطباخ، وغيرهم.

مَا تلَفَ بفعْله،

(**ما تلف بفعله**)(١) كتخريق الثوب وغلطه في تفصيله، روى عن

---

(١) وهذا هو المذهب، وبه قال أبو يوسف ومحمد الحسن؛ لما استدل به المؤلف، ولحديث سمرة بن جندب ـ رضي الله عنه ـ مرفوعاً: «**على اليد ما أخذت حتى تؤدي**» رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه، والحاكم، والبيهقي، وصححه الترمذي والحاكم، وهو من رواية الحسن عن سمرة، والحسن مختلف في سماعه من سمرة. (التلخيص: ٣/٥٣).
وأيضاً فوجوب الأداء لا يلزم منه الضمان، وإلا لزم أن تضمن الرهون والودائع؛ لأنها مما قبضت اليد.
واستدلوا ـ أيضاً ـ: بأن الأجير المشترك قبض العين لمنفعته من غير استحقاق، فكان ضامناً لها، قياساً على المستعير. (العدة: ص ٢٧٠).
ونقول: بأن المستعير لا يضمن إلا بالتعدي والتفريط.
وعند أبي حنيفة ـ وهو الأظهر عند الشافعية ـ: أنه لا يضمن ما تلف تحت يده. لقوله ـ تعالى ـ: ﴿**فَلا عُدْوَانَ إِلاَّ عَلَى الظَّالِمِينَ**﴾ فالضمان لا يجب إلا على الظالم المتعدي فيخرج من ذلك الأجير المشترك إذا لم يتعد أو يفرط.
ولقوله ـ تعالى ـ: ﴿**وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ**﴾ وتضمين الأجير المشترك إذا لم يتعد أو يفرط أكل للمال بالباطل.
ولأن الأجير المشترك قد قبض العين بإذن المالك لمنفعته، وهي إقامة العمل له فيها، فلا تكون مضمونة عليه قياساً على المودَع، والأجير الخاص، وعامل المضاربة. (المبسوط: ١٥/١٠٣،وروضة الطالبين: ٥/٢٢٨). =

. . . .

عمر [وعليّ][١] وشريح والحسن رضي الله عنهم(١)؛ لأن عمله

= وعند أكثر المالكية: أن الأجير المشترك يضمن ما تلف تحت يده إذا كان مما يعاب عليه ولم يعلم سبب إلا بقوله، ولا يضمنه إذا كان مما ثبت تلفه بالبينة من غير تضييع.

واستدلوا: بما ورد عن عمر وعلي - رضي الله عنهم - من التضمين.

واستدلوا على عدم التضمين إذا كان المال مما ثبت تلفه بالبينة من غير تضييع: أن الصانع ونحوه أجير، فإذا ثبت هلاك ما دفع إليه بغير تعدٍّ أو تفريط لم يضمن، أشبه الصانع الخاص والراعي.

(المبسوط: ١٥/١٠٣، وتبيين الحقائق: ٥/١١٠، والإشراف: ٢/٧٥، والمقدمات الممهدات: ٢/٢٤٣، والمهذب: ١/٤١٥، وحلية العلماء: ٥/٤٤٦، الفروع: ٤/٤٥٠، والعدة: ص ٢٧٠، والمبدع: ٥/١٠٩).

(١) الأثر المروي عن عمر في تضمين الأجير أخرجه عبدالرزاق: (٨/٢١٧ – ح ١٤٩٤٩)، وابن أبي شيبة: (٦/٢٨٥ – ح ١٠٩). من طريق طلحة ابن أبي سعيد لانقطاعه. قال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (٢/٦١): «وأما أثر عمر فأخرجه عبدالرزاق بسند منقطع عنه» ا.هـ. كما أشار إلى تضعيف الأثر الشافعي في الأم: (٤/٤٠).

أما الأثر المروي عن علي بن أبي طالب؛ فأخرجه الشافعي في الأم: (٤/٤٠)، وعبدالرزاق: (٨/٢١٧، ٢١٨ – ١٤٩٤٨، ١٤٩٥٠)، وابن أبي شيبة: (٦/١٢٦٤، ١٢٧، ٢٨٥، ٢٨٦ – ح ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ١٠٩٠، ٢٠٩٢. قال الشافعي في الأم (٤/٤٠): «قد روي=

---

[١] ساقط من / ف.

وَلاَ يَضْمَنُ مَا تَلِفَ مِنْ حِرْزِهِ، أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ وَلاَ أُجْرَةَ لَهُ،

مضمون عليه؛ لكونه لا يستحق العوض إلا بالعمل، وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجرة فيما عمل به بخلاف الخاص[١].

والمتولد من المضمون مضمون[٢]، وسواء عمل في بيته أو بيت المستأجر[٣] أو كان المستأجر على المتاع[٤] أو لا[١].

(**ولا يضمن**) المشترك (**ما تلف من حرزه**[٥] **أو بغير فعله**) لأن العين في يده أمانة كالمودع[٦]، (**ولا أجرة له**) فيما عمل فيه؛ لأنه لم يسلم

= عن علي من وجه لا يثبت مثله» وقال ـ أيضاً ـ: «وقد روى عن عمر من وجه أضعف من هذا ولم نعلم واحداً منهما يثبت» كما أشار إلى ضعف الأثر الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير: (٣/ ٦١).

(١) أي: فإنه إذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة وإن لم يعمل، وما عمل فيه من شيء فتلف من حرزه لم يسقط أجره بتلفه.

(٢) فلو دفع إلى خياط ثوباً يساوي عشرة، فخاطه فصار يساوي خمسة عشر، ثم تلف عند الخياط بفعله ضمن خمسة عشر.

(٣) لأنه ضمان لجنايته.

(٤) أي: سواء كان المستأجر حاضراً قائماً على المتاع، أو غائباً، فإن الأجير يضمن إذا تلف المتاع بفعله، وإن تبرع بعمله لم يضمن جناية يده؛ لأنه أمين محض. (ينظر حاشية العنقري ٢/ ٣٢٨).

(٥) بغير تعد ولا تفريط، كما لو تلف بأمر غالب.

(٦) (كشاف القناع ٤/ ٣٤).

---

[١] في / س. بلفظ: (أو إلا).

. . . .

عمله إلى المستأجر فلم يستحق عوضه، سواء كان في بيت المستأجر أو غيره(١)، بناء كان أو غيره، وإن حبس الثوب على أجرته فتلف ضمنه؛ لأنه لم يرهنه عنده ولا أذنه[١] في إمساكه، فلزمه الضمان كالغاصب(٢)(٣)،

---

(١) وهذا هو المذهب؛ لأنه لم يسلم عمله للمستأجر، فلم يستحق عوضه، كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد بائعه.
وعند الحنفية، وبه قال الإمام مالك، وهو مذهب الشافعية: أنه لا أجرة له إذا انفرد باليد؛ لأن الأجرة لا تستحق إلا بتسليم ما استؤجر على عمله إلى صاحبه، أما إذا لم ينفرد العامل باليد، بأن كان بحضرة المستأجر أو منزله، فإنه يستحق الأجرة بالفراغ من العمل، كإخراج الخبز من التنور؛ لأن يد المستأجر عليه، فوقع العمل مسلماً لصاحبه.
(تبيين الحقائق: ٥/١٣٤، والمدونة: ٣/٤٤٠، وأسنى المطالب: ٢/٤٢٦، وكشاف القناع: ٤/٣٣، وهدية الراغب: ص ٣٨١).

(٢) فيخير مالك بين تضمينه غير معمول ولا أجرة، أو معمولاً وللعامل الأجرة.

(٣) فالمذهب ـ وهو أحد الوجهين عند الشافعية، وبه قال زفر من الحنفية ـ: أنه لا يجوز للمستأجر حبس المصنوع على استيفاء الأجرة، واشترط الحنابلة: عدم إفلاس المستأجر؛ لأن المستأجر لم يرهن العين المصنوعة، عند الصانع، ولم يأذن له في حبسها.
وعند الحنفية، والمالكية وأخذ الوجهين عند الشافعية: يجوز للصانع حبس العين المصنوعة حتى يستوفي أجرته؛ لأن عمل الصانع في المصنوع=

---

[١] في بعض المطبوعات «ولا أذن له».

وَتَجِبُ الأُجْرَةُ بِالعَقْدِ

وإن ضرب الدابة بقدر العادة لم يضمن[١].

(**وتجب الأجرة بالعقد**)[٢] كثمن، وصداق، وتكون حالة . . . .

= ملك له، فجاز له حبسه حتى يحصل على أجرته كالمبيع.
(بدائع الصنائع: ٤/٢٠٣، ومواهب الجليل: ٥/٤٣١، والمهذب: ١/٤٠١، وكشاف القناع: ٤/٢٩).

(١) لأن ذلك مما جرت به العادة.

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية: أن الأجرة تجب بالعقد، ويجب تسليمها بتسليم العين والتمكين من الانتفاع وإن لم ينتفع فعلاً؛ لأنه عوض أطلق ذكره في عقد المعاوضة، فيستحق بمطلق العقد؛ كالثمن والمهر، فإذا استوفى المنفعة؛ استقرت الأجرة.
وإن كانت الإجارة على عمل، فالأجرة تجب في العقد وتثبت ديناً في ذمة المستأجر، لكن لا يستحق تسلمها إلا عند تسليمه العمل، أو مضي المدة، إن كان الأجير خاصًّا لما علل به المؤلف، وفارق الإجارة على الأعيان، لأن تسلمها أجرى مجرى تسليم نفعها.
وعند الحنفية: لا تجب الأجرة بنفس العقد، وإنما تستحق بواحد من ثلاثة أمور: شرط التعجيل في نفس العقد، أو التعجيل من غير شرط، أو استيفاء المعقود عليه.
وعند المالكية: الأصل تأجيل الأجرة إلا في أربع مسائل يجب فيها تعجيل الأجرة: أن يشرط ذلك المؤجر، أو تجري به عادة كما في كراء الدواب للسفر، أو عين الأجرة كأن يكون ثوباً معيناً فيجب التعجيل في هذه الحال، أو كان الأجر لم يعين والمنافع مضمونة في ذمة المؤجر فإن=

. . . .

إِنْ لَمْ تُؤَجَّلْ،

(إن لم تؤجل) بأجل معلوم، فلا تجب حتى يحل(١).

= شرع فيها فلا بأس، فإن لم يشرع لأكثر من ثلاثة أيام فلا يجوز، إلا إذا عجل جميع الأجرة، وإلا أدى إلى ابتداء الدين بالدين.
ويستثنى من وجوب تعجيل جميع الأجرة إذا كان محل الإجارة دابة للسفر، وكانت المسافة بعيدة، والسفر في غير وقت سفر الناس عادة، وكانت الأجرة كثيرة، فلا يشترط تعجيل جميعها، بل يكتفى تعجيل اليسير من الأجرة الكثيرة، فإن كانت يسيرة؛ وجب تعجيل جميعها.
والصانع والأجير لا أجرة لهما إلا عند تمام عملهما إلا إن كان هناك عرف أو تراضٍ على التعجيل، وإذا لم يجب تعجيل الأجرة كما تقدم كان مياوَمة أي كلما استوفى منفعة يوم، أو تمكن من استيفائها؛ لزمته أجرته، أو بعد تمام العمل.
(الهداية: ٢/٢٣٢، وبدائع الصنائع: ٤/٢٠٢، والشرح الصغير: ٤/١٦١، وحاشية الدسوقي: ٤/٤، والمهذب: ١/٣٩٩، ونهاية المحتاج: ٥/٣٢٢، والمغني ٨/١٧).

(١) كالثمن والصداق.

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١١٥): «وإذا مات المستأجر لم يلزم ورثته تعجيل الأجرة في أصح قولي العلماء، وهذا على قول من يقول: لا يحل الدين بالموت ظاهراً، وكذا على قول من يقول بحلوله في أظهر قوليهم، إذا يفرقون بين الإجارة وغيرها كما يفرقون في الأرض المحتكرة إذا بيعت أو ورثت، فإن الحكر يكون على المشتري والوارث، وليس لأصحاب الحكر أخذ الحكر من البائع وتركة الميت في أظهر قولي العلماء».

وَتُسْتَحَقُّ بِتَسْلِيمِ العَمَلِ الذي فِي الذِّمَّةِ،

(وتستحق) أي: يملك الطلب بها **(بتسليم العمل الذي في الذمة)**، ولا يجب تسليمها قبله(١)، وإن وجبت بالعقد؛ لأنها عوض فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم المعوض[١] كالصداق(٢)، وتستقر كاملة باستيفاء المنفعة وبتسليم العين ومضي المدة مع عدم المانع(٣) أو فراغ عمل ما بيد مستأجر ودفعه إليه(٤)، وإن كانت لعمل، فببذل تسليم

---

(١) أي ولا يجب تسليم أجرة العمل الذي في الذمة حتي يسلم العمل، وفارق الإجارة على الأعيان؛ لأن تسليمها أجري مجرى تسليم نفعها، ومتى كانت على عمل في الذمة؛ لم يحصل تسليم المنفعة ولا ما يقوم مقامها.

(٢) وكالثمن في المبيع لا يجب تسليمهما إلا بتسليم معوضهما.

(٣) لأنه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل.

(٤) في المنتهى وشرحه معونة أولي أولى النهى ٥ / ١٥٠: «وتستقر الأجرة بفراغ عمل ما استؤجر لعمله، وهو بيد مستأجر، كطباخ استؤجر لطبخ في بيت مستأجر فوفى به، وبدفع غير ما بيد مستأجر، كخياط استؤجر ليخيط ثوباً بدكانه فخاطه وسلمه لربه معمولاً».

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص٢٢٦: «إذا عمل الأجير بعض العمل؛ أعطي من الأجرة بقدر ما عمل».

وقال الشيخ أبا بطين: «إن ترك لعذر شرعي يستحق وإلا فلا».

حاشية ابن قاسم ٥ / ٣٤٣.

---

[١] في / ط، هـ. بلفظ: (العوض).

وَمَنْ تَسلَّمَ عَيْناً بِإجَارَةٍ فَاسِدَةٍ وفَرغَتِ المُدَّةُ لَزِمَهُ أُجْرَةُ المِثْلِ.

العين ومضي مدة يمكن الاستيفاء فيها[١].

(ومن تسلَّمَ عيناً بإجارة فاسدة[٢] وفرغت المدة؛ لزمه أجرة المثل)[٣][٤] لمدة بقائها في يده سكن أو لم يسكن؛ لأن المنفعة تلفت

---

(١) كما لو اكترى دابة ليركبها إلى بلد وسلمها إليه المؤجر، ومضت مدة يمكنه فيها ذهابه إلى ذلك البلد ورجوعه على العادة فلم يفعل؛ لأن المنافع تلفت تحت يده باختياره، وهذا هو المذهب، وهو قول الشافعية.
وعند أبي حنيفة: لا أجر عليه، وقال الموفق: «وهو أصح عندي؛ لأنه عقد على ما في الذمة، فلم يستقر عوضه ببذل التسليم كالمسلم فيه».
(المغني: ٨/ ٢٠).

(٢) الإجارة الفاسدة: ما كانت مشروعة بأصلها دون وصفها، بأن فات شرط من شروط الصحة. (بدائع الصنائع: ٦/ ٣٦٦٢).

(٣) وهذا هو المذهب، وهو مذهب المالكية، والشافعية؛ لما علل به المؤلف.
وعند الحنفية ورواية عند الحنابلة: لا تجب الأجرة إلا باستيفاء المنفعة، فلم يلزمه عوضها قياساً على النكاح الفاسد، أما إذا استوفى المنفعة فقد وجبت الأجرة. (حاشية رد المحتار: ٦/ ٤٦، ونهاية المحتاج: ٥/ ٣٢٣، وشرح المنتهى: ٢/ ٣٨١).

(٤) أما بالنسبة لمقدار الأجرة في الإجارة الفاسدة: فإن كانت الأجرة مجهولة فأجرة المثل.
وإن كانت مسماة، فالجمهور: تجب أجرة المثل؛ لقوله الله ـ تعالى ـ: =

. . . .

. . . .

تحت يده بعوض لم يسلم للمؤجر فرجع إلى قيمتها[١].

* * *

= ﴿وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ﴾.

قال ابن حزم: «فمن استغل مال غيره بغير حق؛ فهي حرمة انتهكها فعليه أن يقاص بمثله من ماله» وبالقياس على البيع، فإن البيع إذا فسد اعتبرت قيمة المثل فكذا الإجارة بجامع أن كلاً منهما بيع.

وعند أبي حنيفة: تجب أجرة المسمى؛ لأن المنافع لا قيمة لها في أنفسها عند الحنفية، وإنما بالعقد أو بشبهة العقد، وعليه فيجب الرجوع إلى ما قومت به في العقد.

(المصادر السابقة، ودرر الحكام: ٢ / ٢٣١، والمغني مع الشرح الكبير: ٦ / ١١٩، والمحلى: ٩ / ١٨).

(١) كما لو استوفاها.

* * *

. . . .

بـاب السَّبَق

باب السبق[١]

هو بتحريك الباء: العوض الذي يسابق عليه، وبكونها: المسابقة: أي: المجارة بين حيوان وغيره[٢][٣].

---

(١) قال ابن فارس في معجم مقاييس اللغة (٣/١٢٩): «السين والباء والقاف يدل على أصل واحد صحيح يدل على التقديم ...»
وفي لسان العرب (١٠/١٥٠): «السبق: القدمة في الجري وفي كل شيء ... مصدر سبق».

(٢) وهو جائز بالكتاب كما في قوله - تعالى -: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾، ومن وسائل إعداد القوة المسابقة. وقوله - تعالى - عن إخوة يوسف: ﴿إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِندَ مَتَاعِنَا﴾.
وفي تيسير الكريم المنان (٣/١٢): «نستبق إما على الأقدام، أو بالرمي والنضال».
ومن السنة: ما رواه ابن عمر - رضي الله عنهما -: «أن رسول الله ﷺ سابق بين الخيل التي أضمرت من الحفياء وأمدها ثنية الوداع، وسابق بين الخيل التي لم تضمر فأرسلها من الثنية إلى مسجد بني زريق، وأن عبدالله ابن عمر كان فيمن سابق بها» متفق عليه.
وروى سلمة بن الأكوع قال: مرَّ رسول الله ﷺ على نفر من أسلم ينتضلون، فقال النبي ﷺ: «**ارموا بني إسماعيل فإن أباكم كان رامياً** ...» رواه البخاري.
والإجماع على جواز المسابقة حكاه كثير من العلماء منهم: ابن عبدالبر، وابن قدامة، وابن حزم، وابن القيم. (التمهيد: ١٤/٨٩، والمغني: ٨/٦٥١، ومراتب الإجماع: ص ١٨٣، والفروسية: ص ٣). =

(٢) كسفن ورماح وسهام.

يَصِحُّ عَلَى الأَقْدَامِ

(يصح) أي: يجوز السباق (**على الأقدام**[١]) . . . .

= وفي الاختيارات (ص ١٦٠) عن شيخ الإسلام: «ويجوز اللعب بما قد يكون فيه مصلحة بلا مضرة، وظاهر كلام أبي العباس: لا يجوز اللعب المعروف بالطاب والمنقلة، وكل ما أفضى كثيره إلى حرمة إذا لم يكن فيه مصلحة راجحة، لأنه يكون سبباً للشر والفساد، وما ألهى وشغل عمَّا أمر الله به؛ فهو منهي عنه، وإن لم يحرم جنسه؛ كالبيع والتجارة، وسائر ما يتلهى به البطالون من أنواع اللهو، وسائر ضروب اللعب مما لا يستعان به على حق شرعي فكله حرام ... والصراع والسبق بالأقدام ونحوها طاعة إذا قصد به نصر الإسلام، وأخذ السبق عليه أخذ بالحق ..».

(١) نقل النووي وابن القيم: الإجماع على جواز المسابقة على الأقدام.
(شرح صحيح مسلم للنووي: ١٢/١٨٣، والفروسية: ص ٦).
ولحديث سلمة بن الأكوع - رضي الله عنه -: «**أنه سابق رجلاً من الأنصار بين يدي النبي ﷺ**» رواه مسلم.
ولحديث عائشة - رضي الله عنها - قالت: «كنت في سفر مع النبي ﷺ فسابقته مسبقته على رجلي، فلما حملت اللحم سابقته فسبقني، فقال: **هذه بتلك السبقة**» رواه أبو داود وابن ماجه، وصححه ابن حبان والبوصيري.
واختلف العلماء في أخذ العوض على المسابقة بالأقدام: فالمذهب - وهو قول جمهور أهل العلم -: عدم جواز أخذ العوض عليها؛ لحديث: «**لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر**» - يأتي تخريجه -. =

. . . .

وَسَائِرِ الـحَيَوَانَاتِ

. . وسائر الحيوانات(١) . . . .

= وعند الحنفية، واختاره شيخ الإسلام: «جواز أخذ العوض عليها، وقياساً على الخف والحافر؛ لأن الأقدام في قتال الرجالة كالخيل في قتال الفرسان، ولما في ذلك من الاستعداد على الجهاد».
(الاختيار: ٤/٢٦٦، والتمهيد: ١٤/٩١، ونهاية المحتاج: ٨/٢٨، والمغني: ٨/٦٥٣، والكافي: ٢/٢٣٦، والاختيارات الفقهية: ص ١٦٠).
(١) كالخيل، فيجوز المسابقة على الخيل بالإجماع.
(أحكام القرآن للقرطبي: ٤/٣٣٧٤، وشرح صحيح مسلم للنووي: ٢٣/٤)، وتقدم حديث ابن عمر قريباً.
ويأتي حكم أخذ العوض في المسابقة على الخيل، وكذا الإبل يجوز المسابقة عليها بالإجماع. (مراتب الإجماع لابن حزم: ص ١٨٣).
ولحديث أنس ـ رضي الله عنه ـ قال: أن النبي ﷺ كانت له ناقة يقال لها العضباء لا تسبق، فجاء أعرابي على قعود فسبقها... فقال رسول الله ﷺ: «**إنه حق على الله لا يرتفع من هذه الدنيا شيء إلا وضعه**» رواه الترمذي.
ويأتي حكم أخذ العوض على مسابقة الإبل، وكذا يجوز السباق على الفيلة.
(المغني: ٨/٦٥١، والإنصاف: ٦/٩٩، وكشاف القناع: ٤/٣٨).
مسألة: اختلف العلماء في حكم بذل العوض فيها، فالمذهب ـ ومذهب المالكية وبعض الشافعية ـ: عدم الجواز؛ لما تقدم من الدليل على عدم جواز أخذ العوض على المسابقة بالأقدام؛ ولأنه لا يقاتل عليه، فلا يصلح للكرِّ والفرِّ. =

. . . .

وَالسُّفُنِ وَالـمَزَارِيقِ،

والسفن(١) والمرازيق) جمع مرزاق وهو: الرمح القصير [وكذا][١]

= وعند الحنفية، وبعض الشافعية: يجوز أخذ العوض على المسابقة عليها؛ لأن الفيل ذو خف، ولأنه يقاتل عليه أشبه الإبل، بل هو في ملاقاة العدو أنكى من الإبل.

(حاشية ابن عابدين: ٦/٤٠٢، ومواهب الجليل: ٣/٣٩٠، والإقناع للخطيب: ٢/٢٨٥، والمغني: ٨/٦٥١، وكشاف القناع: ٤/٣٨).

وكذا يجوز المسابقة على الحمير والبغال. (المصادر السابقة).

واختلف في حكم أخذ العوض عليها؛ فالمذهب ـ ومذهب المالكية وبعض الشافعية ـ: عدم الجواز؛ لما تقدم من الدليل على عدم أخذ العوض على المسابقة على الأقدام، ولأنها لا تصلح للكرّ والفرّ، ولأنه لم يسابق عليها أحد من السلف.

وعند الحنفية وبعض الشافعية: يصح أخذ عليها؛ لأن لفظ الحافر يتناول الحمار والبغل، ولأنه يشارك فيها بالقتال. (المصادر السابقة).

(١) فالمذهب ـ وهو قول جمهور أهل العلم ـ: جواز المسابقة على السفن، لكن اختلفوا في جواز أخذ العوض على المسابقة فيها على قولين:

فالمذهب ـ وهو مذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة ـ: عدم جواز أخذ العوض على المسابقة فيها؛ لما تقدم من الدليل على عدم جواز أخذ العوض على المسابقة على الأقدام؛ ولأن سباق السفن بالملاح، لا بمن يقاتل.

وفي وجه للحنابلة، ووجه للشافعية: جواز أخذ العوض على المسابقة =

---

[١] ساقط من / ف.

. . . .

المناجيق[١] ورمي الأحجار بمقاليع ونحو ذلك[٢]؛ لأنه ﷺ «**سابق عائشة**» رواه أبو داود[٣].

= فيها؛ لأن السفن في قتال الماء؛ كالخيل في قتال الأرض، فهي معدَّةٌ لجهاد العدوِّ في البحر.
(حاشية ابن عابدين: ٦/٤٠٤، ومنح الجليل: ١/٧٧٠، والمجموع: ١٤/٢٧، ومطالب أولي النهى: ٣/٧٠٣).

(١) آلة ترمى بها الحجارة.

(٢) كرمي أحجار بيد لمعرفة الأشدّ.

(٣) أخرجه أحمد: (٦/٣٩، ١٢٩، ٢٦١، ٢٨٠، ٢٦٤، أبو داود: (٣/٦٦) – الجهاد – باب في السبق على الرجل – (ح ٢٥٧٨)، وابن ماجه: (١/٦٣٦) – النكاح – باب حسن معاشرة النساء – (ح ١٩٧٩)، وابن أبي شيبة: (١٢/٥٠٨-٥٠٩) – الجهاد – باب السباق على الأقدام – (ح ١٥٤٣٥، ١٥٤٣٧)، والطحاوي في مشكل الآثار: (٢/٣٦٠)، والنسائي في السنن الكبرى: (٥/٣٠٣) – عشرة النساء – باب مسابقة الرجل زوجته – (ح ٨٩٤٢، ٨٩٤٣)، وابن حبان كما في الإحسان: (٧/٩٦ – ح ٤٦٧٢)، والبيهقي: (١٠/١٨) – السبق والرمي – باب ما جاء في المسابقة بالعدو.
الحديث صحيح، وصححه ابن حبان، والعراقي في المغني عن حمل الأسفار: (٢/٤٤).

. . . .

. . . .

و «**صارع ركانة فصرعه**»(١) رواه أبو داود(٢).

(١) جمهور أهل العلم على إباحة المصارعة؛ لما استدل به المؤلف.
واختلف العلماء في حكم بذل العوض فيها: فالمذهب ـ وهو قول جمهور أهل العلم ـ: عدم الجواز؛ لما تقدم من الدليل على جواز أخذ العوض إلا في المسابقة على الأقدام.
قال ابن عبدالبر في التمهيد (١٤/ ٨٩): «أجمع أهل العلم على أن السبق لا يجوز على وجه الرهان إلا في الخفِّ، والحافر، والنصل».
وفي وجه للحنابلة اختاره شيخ الإسلام وابن القيم: جواز أخذ العوض على المسابقة على المصارعة؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه صارع ركانة بن عبد يزيد على شاة، فصرعه، ثم عاد فصرعه فأسلم ورد عليه الغنم» تقدم تخريجه قريباً.
ولأن المصارعة فيها قوة وتدريب على الجهاد.
(حاشية ابن عابدين: ٦/ ٤٠٢، ومواهب الجليل: ٣/ ٣٩٠)، ونهاية المحتاج: ٨/ ٢٨، وكشاف القناع: ٤/ ٣٩، ومطالب أولي النهى: ٣/ ٧٠٢، والاختيارات: ص ١٦٠، والفروسية: ص ٣٤).
(٢) ركانة بن عبد يزيد بن هاشم القرشي المطلبي، من مسلمة الفتح، توفي في خلافة عثمان، وقيل: توفي سنة ٤٢. «أسد الغابة»: (٢/ ٨٤).
والحديث أخرجه أبو داود: (٤/ ٣٤١) – اللباس – باب في العمائم – (ح ٤٠٧٨)، والترمذي: (٤/ ٢٤٧) – اللباس – باب العمائم على القلانس – (ح ١٧٨٣)، والبخاري في التاريخ الكبير: (٣/ ٣٣٨)، وأبو يعلى: (٣/ ٥ – ح ١٤١٢)، والطبراني في الكبير: (٥/ ٧١ – ح ٤٦١٤)، والحاكم: (٣/ ٤٥٢) – معرفة الصحابة – من طريق محمد=

. . . .

. . . .

و «**سابق سلمة بن الأكوع رجلاً من الأنصار بين يدي رسول الله ﷺ**» رواه مسلم(١).

= ابن ربيعة، عن أبي الحسن العسقلاني عن أبي جعفر بن محمد بن ركانة عن أبيه، وإسناده ضعيف جدًّا لوجود ثلاثة مجاهيل، وهم أبو الحسن العسقلاني، وشيخه أبو جعفر بن محمد بن ركانة، وابنه محمد بن ركانة، وضعف الترمذي الإسناد بقوله: «حديث غريب، وإسناده ليس بالقائم، ولا نعرف أبا الحسن العسقلاني ولا ابن ركانة».

وللحديث شاهد مرسل أخرجه أبو داود في المراسيل: (ص ١٧٥)، والبيهقي: (١٠ / ١٨) – السبق والرمي – باب ما جاء في المصارعة – من طريق عمرو بن دينار عن سعيد بن جبير. قال البيهقي: «وهو مرسل جيد»، وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (٤ / ١٦٢): «إسناده صحيح إلى سعيد بن جبير، إلا أن سعيداً لم يدرك ركانة»، وروي موصولاً كما في أحاديث أبي بكر الشافعي، وفي كتاب السبق والرمي لأبي الشيخ. قال الحافظ عبدالغني بن سعيد: «وحديث ركانة أمثل ما روى في مصارعة النبي ﷺ» انظر التلخيص الحبير: (٤ / ١٦٢-١٦٣).

(١) أخرجه مسلم: (٣ / ١٤٣٩-١٤٤٠)- الجهاد -(ح ١٣٢)، وأحمد: (٤ / ٥٣-٥٤)، وابن أبي شيبة: (١٤ / ٥٣٧-٥٣٨) – المغازي – (ح ١٨٨٤٨)، وابن سعد في الطبقات الكبرى: (٢ / ٨٤)، وابن حبان في الإحسان: (٩ / ١٥٣-١٥٤ – ح ٧١٢٩)، والبيهقي في السنن الكبرى: (١٠ / ١٧)، وفي دلائل النبوة: (٤٥ / ١٨٥-١٨٦).

. . . .

وَلاَ تَصِحُّ بِعِوَضٍ إلا فِي إِبِلٍ وَخَيْلٍ وَسِهَامٍ،

(**ولا تصح**) أي: لا يجوز المسابقة (**بعوض إلا في إبل وخيل وسهام**)[1].

---

(١) قال ابن حزم كما في مراتب الإجماع (ص ٩١٨٣): «ولا أعلم خلافاً في إباحة أن يجعل السلطان أو الرجل شيئاً من ماله للسابق في الخيل خاصة».

وقال ابن عبدالبر كما في التمهيد (١٤ / ٨٨): «وأجمع أهل العلم على أن السبق لا يجوز على وجه الرهان إلا في الخف والحافر والنصل».

(المصادر السابقة).

والعوض لا يخلو من أربع حالات:

الأولى: أن يكون العوض من الإمام، بأن يقول الإمام: من سبق منكما؛ فله من المال كذا، وهذا جائز باتفاق الأئمة. (مجموع الفتاوى: ٢٨ / ٢٢).

لحديث ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ: «**سابق بين الخيل وأعطى السابق**» رواه أحمد والبيهقي، وإسناده صحيح. ولما في ذلك من التحريض على تعلم الفروسية.

الثانية: أن يكون من أجنبي، وهو غير المتسابقين.

وهذا جائز باتفاق الأئمة؛ لأن ما جاز أن يخرجه الإمام من بيت المال؛ جاز أن يتطوع به أيُّ واحد من المسلمين؛ كبناء المساجد والقناطر، ولما فيه من القربة والمعونة على الجهاد.

(حاشية ابن عابدين: ٦ / ٤٠٣، وشرح الخرشي: ٣ / ٥٦، والشرح الصغير: ٢ / ٣٢٥، وأسهل المدارك: ٣ / ٣٨٢، ونهاية المحتاج: ٨ / ٢٩، ومطالب أولي النهى: ٣ / ٧٠٦). =

. . . .

. . . .

= **الثالثة**: أن يكون العوض من أحد المتسابقين، فالمذهب ـ وهو قول جمهور أهل العلم ـ: جواز ذلك؛ لأنه إذا جاز بذله من غير المتسابقين؛ فأولى أن يجوز من بعضهم، ولانتفاء شبهة القمار، ولأنه تحريض على الاستعداد لأسباب الجهاد بمال نفسه.

وعند أكثر المالكية: جوازه إذا أخرجه أحد المتسابقين، فإن سبق غير المخرج فالجعل للسابق، وإن سبق مخرج الجعل فالجعل لمن حضر المسابقة، ولو اشترط المخرج أن الجعل يعود إليه إن سبق، فالشرط فاسد. (المصادر السابقة).

الرابعة: أن يكون العوض من المتسابقين جميعاً، فالمذهب ـ ومذهب الحنفية، والشافعية ـ: أنه لا يجوز بذل العوض من جميع المتسابقين إلا أن يدخل في السباق محلل، ويشترط فيه شروط:

(أ) ألا يبذل شيئاً من العوض.

(ب) أن يأخذ إن سبق.

(جـ) أن يمكن سبقه، وأن تكافئ آلته آلات المتسابقين الآخرين؛ لحديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ مرفوعاً: « **من أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق؛ فلا بأس، ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبق؛ فهو قمار** » رواه أحمد وأبو داود والحاكم، وفيه سفيان بن حسين ضعيف في روايته عن الزهري.

وله شاهد من حديث ابن عمر رواه أحمد والبيهقي: (١٠ / ٢١)، وهو ضعيف، شريك بن عبدالله القاضي سيء الحفظ.

ولأنه بدون محلل قمار، وبالمحلل ينتفي القمار؛ لأن المحلل لا يغرم، وإنما

. . . .

. . . .

لقوله ﷺ: «**لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر**» رواه الخمسة عن

يحتمل أن يأخذ أو لا يأخذ، فصار كما إذا شرط من جانب واحد.

وعند شيخ الإسلام وابن القيم: يجوز بذل العوض من المتسابقين، ولو بدون محلل، للعمومات، حيث لم يرد فيها اشتراط المحلل كقوله ﷺ: «**لا سبق . . .**».

ولحديث أنس ـ رضي الله عنه ـ: «**لقد راهن رسول الله ﷺ على فرس**» رواه الدارمي، وابن أبي شيبة: ١٢ / ٥٠٠، والبيهقي: ١٠ / ٢١، وفي مجمع الزوائد: ٥ / ٢٦٧: «ورجال أحمد ثقات».

قال شيخ الإسلام: «وما علمت بين الصحابة خلافاً في عدم اشتراط المحلل». (الفروسية: ص ٢١).

فالصحابة لا يحفظ عن أحد منهم قط أنه اشترط المحلل، مع كثرة تناضلهم، بل المحفوظ عنهم خلافه.

ولأنهما إذا أخرجاه جميعاً كان غايته أنه جعالة من الطرفين كما لو شرد من كل منهما جمل، فقال كل منهما للآخر: إن رددت جملي؛ فلك عشرة، وبذل الجعل في الجعالة لا يتوقف على محلل.

فـرع: قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٦٠): «فالمغالبة الجائزة تحل بعوض إذا كان مما ينتفع به في الدين، كما في مراهنة أبي بكر رضي الله عنه، وهو أحد الوجهين في المذهب، قلت: وظاهر ذلك جواز الرهان في العلم وفاقاً للحنفية، لقيام الدين بالجهاد والعلم».

. . . .

وَلَابُدَّ مِنْ تَعْيِينِ الـمَرْكُوبَيْنِ

أبي هريرة، ولم يذكر ابن ماجه: «**أو نصل**»، وإسناده حسن[١]، قاله في «المبدع»[٢].

(**ولابد**) لصحة المسابقة (**من تعيين المركوبين**)[٣] لا الراكبين[٤]؛ لأن

---

(١) أخرجه أبو داود: (٣/٦٣) – الجهاد – باب في السبق – (ح ٢٥٧٤)، والترمذي: (٣/٢٠٥) – الجهاد – باب ما جاء في الرهان والسبق – (ح ١٧٠٠)، والنسائي: (٦/٢٢٦-٢٢٧) – الخيل – (ح ٣٥٨٥-٣٥٨٩)، وابن ماجه: (٢/٩٦٠) – الجهاد – باب السبق والرهان – (ح ٢٨٧٨)، وأحمد: (٢/٢٥٦، ٣٥٨، ٤٢٥، ٤٧٤)، والشافعي في المسند: (ص ٣٤٩)، وابن أبي شيبة: (١٢/٥٠٢) – الجهاد – (ح ١٥٤٠٩)، والبخاري في التاريخ الكبير: (٤/٢٧٧)، والطحاوي في مشكل الآثار: (٢/٣٦٢)، وابن حبان كما في الإحسان: (٧/٩٦– ح ٤٦٧١)، والطبراني في الصغير: (١/٢٥)، والبيهقي: (١٠/١٦) – السبق والرمي – باب لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل، والبغوي في شرح السنة: (١٠/٣٩٣ – ح ٢٦٥٣).

(٢) ٥/١٢١.

(٣) برؤية، أو صفة؛ لما علل به المؤلف.

(ينظر: مواهب الجليل: ٣/٣٩١، ونهاية المحتاج: ٨/٢٩، والإنصاف: ٦/٩١، وكشاف القناع: ٤/٣٩).

(٤) الشرح الكبير مع الإنصاف: (١٥/١٣)، ولأنهما آلة للمقصود كالسرج.

. . . .

واتِّحَادهمَا،

القصد معرفة سرعة عدو الحيوان الذي يسابق[١] عليه.

[(و) لابد من (**اتحادهما**) في النوع(١)، فلا تصح بين عربي وهجين][٢].

---

(١) وهذا هو المذهب، فيشترط اتحاد الجنس والنوع؛ لأن التفاوت بينهما في الجري معلوم بحكم العادة فأشبها الجنسين.

وعند جمهور المالكية: لا يشترط اتحاد الجنس ولا النوع؛ بل يعتبر التكافؤ بالتقارب في السبق، فإن تقارب جنسان كالبغل والحمار ـ جاز.

وعند الشافعية: يشترط اتحاد الجنس، ولا يشترط اتحاد النوع، لأنه قد يسبق كل واحد منهما الآخر، ويكفي في إثبات الحكم المظنة باحتمال الحكمة، ولو على بعد، ولأنهما متساويان في السهم والنجابة والبطالة.

(أسهل المدارك: ٣/ ٣٨٤، والمهذب: ١/ ٤١٤، والإنصاف: ٦/ ٩١، ومطالب أولي النهى: ٣/ ٦٠٩).

ويشترط ـ أيضاً ـ:

(أ) إمكان سبق كل من المتسابقين عادة؛ لأن النبي ﷺ لم يسابق بين المضمرات وغيرها، بل جعل كل صنف مع ملائمه، لأن غير المضمرة لا تساوي المضمرة.

(ب) تحديد المسافة قدراً أو مشاهدة؛ لأن الغرض معرفة الأسبق، ولا يحصل إلا بتحديد المسافة.

(جـ) تعيين المبتدأ والغاية؛ لأن الغرض معرفة الأسبق، ولا يحصل إلا بتساويهما. =

---

[١] في / س. بلفظ: (سابق).

[٢] ساقط من / ف.

والرِّماةِ وَالمَسَافَةِ بِقَدْرٍ مُعْتَادٍ،

(و) لابد في المناضلة(١) من تعيين (الرِّماةِ) لأن القصد معرفة حذقهم(٢)، ولا يحصل إلا بالتعيين بالرؤية، ويعتبر فيها - أيضاً - كون القوسين من نوع واحد، فلا تصح بين قوس عربية وفارسية(٣).

(و) لابد - أيضاً - من تحديد (المسافة) بأن يكون لابتداء عَدْوِهما[١] وآخره غاية لا يختلفان فيه، ويعتبر في المناضلة تحديد مدى رمي(٤) (بقدر معتاد)[٢](٥)، فلو جعلا مسافة بعيدة تتعذر الإصابة في مثلها

= (هـ) انطلاق المتسابقين في جهة واحدة.

(و) أن يكون العوض معلوماً، مباحاً، وأن يكون السباق مما يصح بذل العوض فيه.

(المصادر السابقة، وحاشية ابن عابدين: ٦ / ٤٠٣، ومنح الجليل: ١ / ٧٧٢، ومواهب الجليل: ٣ / ٣٩٢، وكشاف القناع: ٤ / ٤٠).

(١) المناضلة: من النضل، وهو المباراة في الرمي. (ينظر المصباح: ٢ / ٦١٠).

(٢) أي: مهارتم في الرمي.

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لأن الإصابة تختلف باختلاف نوعها.

وفي وجه عند الحنابلة: لا يشترط؛ لأن النوعين من جنس واحد يتقاربان، فيعرف حذقهما.

(المجموع: ١٤ / ٥٣، والكافي: ٢ / ٣٤٣، والفروسية: ص ٨١).

(٤) لأن الغرض معرفة الأسبق، ولا يحصل إلا بالتساوي.

(٥) لأن الإصابة تختلف بالقرب والبعد، ويعرف ذلك بالمشاهدة، أو الذرع.

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٥ / ١٧): «فائدة: لا يصح تناضلهما =

---

[١] في / ز . بلفظ: (عدوها). [٢] في / م ، ف . بلفظ: (معتاد فيه فلا جعلا).

. . . .

غـالبـاً[١]، وهو ما زاد على ثلاثمائة ذراع ـ لم تصح؛ لأن الغرض يفوت بذلك. ذكره في «الشرح»[٢] وغيره.

= على أن السبق لأبعدهما رمياً على الصحيح من المذهب، زاد في الترغيب: من غير تقدير، وقيل: يصح، اختاره الشيخ تقي الدين، قاله في الفائق، وهو المعمول به عند الرماة الآن في أماكن كثيرة».

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، لما علل به المؤلف.
وفي وجه للشافعية: عدم الاشتراط؛ لأنه قد يصيب مثلهما في مثله. (المجموع: ١٤/٨٥، والمغني: ٨/٦٦٣).

(٢) الشرح الكبير مع الإنصاف (١٥/١٨). وتحديد ثلاثمائة ذراع بناء على الآلة في عهدهم رحمهم الله، وفي عصرنا يختلف.
ويشترط ـ أيضاً ـ:
(أ) أن تكون المناضلة ممن يحسن الرمي؛ لأن الغرض معرفة الأحذق، ومن لا حذق له وجوده كعدمه.
(ب) أن يكون الرماة أكثر من واحد؛ لأن المقصود معرفة الحذق، ولا يبين بأقل من اثنين، فإن قال رجل لآخر: ارم عشرة فإن أصبت منها خمساً؛ فلك درهم فهذه جعالة لا سبق.
وإن قال: ارم عشرة فإن كان صوابك أكثر من خطئك؛ فلك درهم، وإلا فلي درهم، لم يجز.
(جـ) أن يبتدئ أحدهما بالرمي؛ لأنهما لو رميا معاً أفضى إلى الاختلاف والتنازع.
(د) أن يكون عدد الرشق معلوماً، والرشق هو ما يرمى.
(هـ) أن يكون الغرض معلوماً بالمشاهدة أو التقدير. =

. . . .

وَهِيَ جِعَالَةٌ لِكُلٍّ وَاحِدٍ فَسْخُهَا،

(وهي) أي المسابقة **(جعالة لكل واحد)** منهما **(فسخها)** لأنها عقد على ما لا[١] تتحقق القدرة على تسليمه، إلا أن يظهر الفضل لأحدهما فله الفسخ دون صاحبه(١).

= (و) أن يكون عدد الإصابة معلوماً، فيقولان مثلاً: الرشق عشرون، والإصابة خمس.

(ز) أن تكون المسابقة في الإصابة، فلا يصح أن يكون السبق للأبعد رمياً؛ لأن الغرض من الرمي الإصابة لا بعد المسافة.

(١) باتفاق العلماء على أنه إذا كان عقد السبق بغير عوض فهو من العقود الجائزة؛ لأنه لا ضرر على أحد من المتسابقين في الفسخ.

لكن اختلف العلماء فيما إذا كان بعوض: فالمذهب، ومذهب الحنفية: أنه عقد جائز؛ لأن المسابقة عقد على ما لا تتحقق القدرة على تسليمه، فكان جائزاً كالجعالة.

وعند المالكية، وقول عند الشافعية: أنه عقد لازم؛ لأن من شرط العقد أن يكون العوض والمعوض معلومين، فكان لازماً كالإجارة.

(الفتاوى الهندية: ٥/٣٢٤، ومواهب الجليل: ٣/٣٩٠، ونهاية المحتاج: ٨/٢٨، والمغني: ٨/ ٦٥٤، وشرح المنتهى: ٢/٣٨٧).

قال ابن القيم في كتابه «الفروسية» (ص: ٣٤٣): «فإن قيل: هل العقد – في المسابقات – من باب الإجارات أو من باب الجعالات، أو من باب المشاركات، أو من باب النذور، أو من باب العدات، أو عقد مستقل بنفسه؟ فالجواب: أنه عقد مستقل بنفسه قائم برأسه ... فأما =

---

[١] في / ف. بلفظ (ما لم).

وَتَصِحُّ المُنَاضَلَةُ عَلَى مُعَيَّنِينَ يُحْسِنُونَ الرَّمْيَ.

(**وتصح المناضلة**) أي المسابقة بالرمي من النضل، وهو: السهم التام (**على معينين**) سواء كانا اثنين أو جماعتين؛ لأن القصد معرفة الحذق كما تقدم(١)، (**يحسنون الرمي**) لأن من [لا][١] يحسنه وجوده

= بطلان كونه من عقود الإجارات فمن وجوه:

أحدها: أنه عقد جائز لكل منهما فسخه قبل الشروع في العمل بخلاف الإجارة.

الثاني: أن العمل في الإجارة لابد أن يكون معلوماً مقدوراً للأجير، والسبق هنا غير معلوم له ولا مقدور ... والذي يدل على بطلان كونه من باب الجعالات وجوه:

أحدها: أن العامل فيه لا يجعل فيه جعلاً لمن يغلبه ويقهره، وإنما يبذل ماله فيما يعود نفعه إليه....

الثاني: أن الجعالة يجوز أن يكون العمل فيها مجهولاً بخلاف عقد السباق.... والذي يبطل كونه من باب النذور وجوه:

أحدها: أن الناذر قد التزم إخراج ما عينه إن حصل له مقصوده، والمسابق إنما يلزمه إخراج ماله إذا حصل ضد مقصوده.

والثاني: أن الناذر ملتزم إخراج ما نذره إلى غير الغالب له، والمسابق إنما التزم إخراجه لمن غلبه...

والذي يبطل كونه من باب العدات والتبرعات: القصد والحقيقة، والاسم... أما القصد فالمراهن ليس غرضه التبرع، وأما الحقيقة فإن التبرع والهبة لا تكون على عمل ... والاسم فإن اسم الرهان والسبق غير اسم الهبة ...».

(١) وأنه لا تعرف مهارتهم إلا بالتعيين.

---

[١] ساقط من / ف.

. . . .

كعدمه(١)، ويشترط لها أيضاً تعيين عدد الرمي(٢) والإصابة(٣) ومعرفة قدر الغرض(٤) طوله وعرضه وسمكه وارتفاعه من الأرض(٥).

والسنة أن يكون لهما[١] غرضان(٦) إذا بدأ أحدهما بغرض؛ بدأ الآخر بالثاني(٧) . . . .

---

(١) هذا أحد الشروط الأربعة، وهي زيادة على الشروط المتقدمة.

(٢) لئلا يؤدي إلى الاختلاف، فقد يريد أحدهما القطع ويريد أحدهما الزيادة إلا في رمي المبادرة، فقال ابن القيم وغيره: «لا بشرط؛ لأنه إذا قال أينا بدر إلى خمس إصابات فهو السابق فمتى بدر لها أحدهما تعين سبقه».

(٣) بأن يقول: عشرون والإصابة خمسة، ونحوه، ويشترط استؤاهما في عدده، وعدد الإصابة، وصفتها، وسائر أحوال الرمي.

(٤) ما ينصب في الهدف من خشب أو غيره؛ لأنه يقصده.

(٥) لاختلاف الإصابة باختلافه.

(٦) ويرميان كلاهما إلى أحدهما، ثم يرميان إلى الآخر.

(الفروسية لابن القيم: ص ٣٩٨).

وإن أراد أحدهما التشاغل عن الرمي بما لا حاجة إليه منع، ولا يزعج بالاستعجال بحيث يمنع من تحري الإصابة.

(٧) تعديلاً بينهما، وهكذا حتي يقضيا رميهما، وإن رميا سهمين سهمين فحسن، وإن شرطا أن يرمي أحدهما عدداً، ثم الآخر مثله ـ جاز، وإن تشاحا في البادئ ـ أقرع.

---

[١] في / م، ف. بلفظ: (لها).

. . . .

لفعل الصحابة رضي الله عنهم(١).

* * *

---

(١) قال مجاهد: «رأيت ابن عمر يشتد بين الهدفين، ويقول: أنابها» رواه الطبراني وابن أبي شيبة، وحسنه في التلخيص: ٤/ ١٦٦، وقال إبراهيم التيمي عن أبيه: «رأيت حذيفة يعدو بين الهدفين بالمدائن» رواه سعيد ابن منصور، وابن أبي شيبة، وإسناده صحيح.
وإن جعلا غرضاً واحداً جاز؛ لأن المقصود يحصل به.
ويكره للأمين والشهود وغيرهم ممن حضر مدح أحدهما أو المصيب، وعيب المخطئ؛ لما فيه من كسر قلب صاحبه. (الإقناع مع شرحه ٤/ ٦٠).

* * *

. . . .

بـابُ العَارِيَةِ

بـاب العارية(١)

بتخفيف الياء وتشديدها: من العري، وهو التجرد، سميت عارية لتجردها عن العوض.

(١) العارية: بتشديد الياء وتخفيفها: اسم لما يعار.
قيل: مشتقة من عار إذا ذهب وجاء، ومنه قيل للبطال: عيار؛لتردده في بطالته.
وقيل: مشتقة من التعاور، وهو التثاؤب.
وقيل: مشتقة من العري وهو التجرد.
والإعارة مصدر أعار، والاسم منه العارية، وتطلق على الفعل، وعلى الشيء المعار، والاستعارة طلب العارية.
(ينظر: الصحاح: ٢/ ٧٦١، وتهذيب اللغة: ٣/ ١٦٤، ومختار الصحاح: ص ٤٦١، والمصباح المنير: ٢/ ٥٣٣).
وفي الاصطلاح عرفت بتعريفات:
فمن تعريفات الحنفية: تمليك المنافع بلا عوض.
ومن تعريفات المالكية: تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض.
ومن تعريفات الشافعية: إباحة الانتفاع بالشيء مع بقاء عينه.
ومن تعريفات الحنابلة: إباحة نفع عين بغير عوض.
(المبسوط: ١١/ ١٣٣، ومواهب الجليل: ٥/ ٢٦٨، وفتح الوهاب: ١/ ٢٢٨، والإقناع: ٢/ ٣٣١).
ومشروعيتها بالكتاب كما في قوله تعالى: ﴿ **فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ ۝٤ الَّذِينَ هُمْ عَن صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ۝٥ الَّذِينَ هُمْ يُرَاءُونَ ۝٦ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ** ﴾. وقد ورد عن ابن مسعود=

وَهِيَ إِبَاحَةُ نَفْعِ عَيْنٍ تَبْقَى بَعْدَ اسْتِيفَائِه،

(وهي إباحة[١] **نفع**[٢] **عين)** يحل الانتفاع بها **(تبقى بعد استيفائه)**

= رضي الله عنه ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾: «القدر والميزان والدلو»، وعن ابن عباس رضي الله عنهما: «منع العواري». (تفسير الطبري: ٣٠/٢٠٦).
ومن السنة: ما رواه أنس رضي الله عنه قال: **«كان فزع بالمدينة، فاستعار النبي ﷺ فرساً من أبي طلحة يقال: المندوب، فركبه، فلما رجع قال: ما رأينا من شيء وإن وجدناه لبحراً»** رواه البخاري. (والإجماع كما في المجموع: ١٣/٢٤٥).

(١) فالمذهب، ومذهب الشافعية، وبه قال ابن حزم: إن العارية إباحة نفع فقط.
استدلوا: بأن الإجماع انعقد على جواز عقد العارية من غير أجل، ولو كانت تفيد التمليك لما جازت من غير أجلٍ كالإجارة.
ولأن المستعير لا يملك إجارة العارية، ولو ثبت الملك له في المنفعة لملك ذلك كالمستأجر.
وعند الحنفية والمالكية: أن منافع العارية مملوكة للمستعير؛ لأن المعير سلط المستعير على تحصيل المنافع، وصرفها إلى نفسه على وجه زالت يده عنها، وهذا تمليك.
ونوقش: بعد التسليم بدليل أن المعير يملك استرداد العارية في أي وقت بما لا يترتب عليه ضرر.
(المبسوط: ١١/١٣٣، والهداية: ٣/٢٢٠، والفروق: ١/١٨٧، وشرح الخرشي: ٦/١٢٠، وفتح الوهاب: ١/٢٢٨، وفتح الجواد: ١/٥٤٢، والمقنع: ص ١٤٤، والإنصاف: ٦/١٠١).
(٢) الإباحة: رفع الحرج عن تناول ما ليس مملوكاً له. (كشاف القناع: ٤/٦٢).

. . . .

ليردها على مالكها[١].

وتنعقد بكل لفظ أو فعل يدل عليها[٢]، ويشترط أهلية المعير للتبرع شرعاً، وأهلية مستعير للتبرع له[٣].

---

(١) أي تبقى العين بعد استيفاء النفع الحاصل بها كالدور، والثياب، والكتب، وغير ذلك.

وخرج ما لا ينتفع به إلا مع تلف عينه كالأطعمة والأشربة، وإن أعطاها بلفظ الإعارة احتمل أن يكون إباحة عين على وجه الإتلاف، قاله ابن عقيل. (المصادر السابقة).

(٢) في كشاف القناع (٤ / ٦٢): «وتنعقد بكل قول أو فعل يدل عليها كقوله: أعرتك هذا الشيء، أو أبحتك الانتفاع به، أو يقول المستعير: أعرني هذا فيسلمه إليه، وكدفعه الدابة لرفيقه عند تعبه، وتغطيته بكسائه إذا رآه برد».

(٣) يشترط لصحة العارية شروط:

الأول: أهلية المعير للتبرع بالعارية بأن يكون بالغاً، عاقلاً، حرًّا، رشيداً فلا تصح من صغير، ولا مجنون ولا سفيه، ولا مفلس، وقن، وولي يتيم من مال اليتيم، ولا من مكاتب، ولا ناظر وقف.

لكن تصح إعارة الصغير في الأمور اليسيرة عرفاً.

الثاني: أهلية المستعير للتبرع بتلك العين المعارة، بأن يصح قبولها هبة لشبه الإباحة بالهبة.

الثالث: أن تكون العين مباحة النفع.

الرابع: أن تبقى العين بعد استيفاء النفع. وتقدم.

. . . .

وَتُبَاحُ إِعَارَةُ كُلِّ ذِي نَفْعٍ مُبَاحٍ

وهي مستحبة(١)؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾(٢).
(**وتباح إعارة كل ذي نفع مباح**)(٣) كالدار والعبد والدابة والثوب

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدل به المؤلف.
ولأنه ليس في المال حق سوى الزكاة، ولحديث طلحة بن عبيدالله رضي الله عنه قال: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ من أهل نجد ... وفيه ذكر الزكاة فقال: هل علي غيرها؟ قال: لا إلا أن تطوع ...» متفق عليه.
(انظر في هذه المسألة: ٤/٢٥٦).
وعند شيخ الإسلام: تجب العارية مع غناء المالك، وهو أحد القولين في مذهب أحمد لما تقدم من الآية في أول الباب، ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**ما من صاحب إبل لا يؤدي حقها ... قيل يا رسول الله وما حقها؟ قال: إعارة دلوها وإطراق فحلها، ومنحة لبنها يوم وردها**» رواه مسلم.
وفي الشرح الصغير للدردير (٣/٥٧٠): «وقد يعرض لها الوجوب لغني عنها فيجب إعارة كل ما فيه إحياء مهجة محترمة لا إجرة لمثله، وكذا إعارة سكين لذبح مأكول يخشى موته» وخرج ابن عقيل: وجوب إعارة كتب العلم للمحتاج من القضاة وأهل الفتوى.
(الاختيار: ٢/٥٥، وحاشية الدسوقي: ٣/٤٣٣، ونهاية المحتاج: ٥/١١٧، والمبدع: ٥/١٣٧).
(٢) سورة المائدة، الآية: ٢.
(٣) غير محرم، لما تقدم من الأدلة، ولأن ما جاز للمالك استيفاؤه من المنافع ملك إباحته إذا لم يمنع منه مانع.

---

[١] ساقط من / ف.

إلاَّ البُضْعَ وَعَبْداً مُسْلِماً لِكَافِر، وَصَيْدًا وَنَحْوَهُ لِمُحْرِمٍ، وَأَمَةً شَابَّةً لِغَيْرِ امْرَأَةٍ أَوْ مَحْرَمٍ،

ونحوها، (**إلا البضع**)[١] لأن الوطء لا يجوز إلا في نكاح، أو ملك يمين، وكلاهما منتف، (و) إلا (**عبداً مسلماً لكافر**)[٢] لأنه لا يجوز له استخدامه[٣] (و) إلا (**صيداً ونحوه**) كمخيط (**لمحرم**)[٤]؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿**وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ**﴾[٥].

(و) إلا (**أمة شابة لغير امرأة أو محرم**) لأنه لا يؤمن عليها، ومحل

---

(١) بضم الباء يعني الفرج، فلا يعار للاستمتاع به، لأنه لا يستباح بالبذل، ولا بالإباحة بالإجماع؛ لقوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۝ فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ**﴾.

(٢) يعني للخدمة، قاله الحارثي، وهذا هو الصحيح من المذهب، لما علل به وعن الإمام أحمد: يجوز. (الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥ / ٦٨).

(٣) كما تحرم إجارته للخدمة، فإن أعاره أو أجره لعمل في الذمة غير الخدمة صحتا.

(٤) فالصيد لا تباح إعارته لمحرم؛ لأن إمساكه محرم عليه، وكذا المخيط للمحرم، لأنه يحرم عليه استعماله وغير ذلك؛ لما في ذلك من التعاون على الإثم والعدوان.

(٥) سورة المائدة: الآية ٢.

. . . .

ذلك إن خشي المحرم وإلا كره فقط[١]، ولا بأس بشوهاء[٢] وكبيرة لا تشتهى[٣]، ولا بإعارتها لامرأة أو ذي محرم؛ لأنه مأمون عليها[٤].

وللمعير الرجوع متى شاء[٥] ما لم يأذن في شغله بشيء يستضر

---

(١) مع أمن الوقوع في المحرم بشرط: ألا يخلو بها، ولا ينظر إليها. (ينظر المغني: ٧/٣٤٧).

(٢) قبيحة المنظر.

(٣) أي لا بأس بإعارة امرأة شوهاء وكبيرة للخدمة لرجل؛ لأنه مأمون عليها. بالشرط السابق.

(٤) أي عندهما فجازت إعارتها لهما.

(٥) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية والشافعية؛ أن للمعير أن يرجع في إعارته متى شاء سواء أكانت الإعارة مطلقة أم مقيدة بعمل أو وقت؛ لأن المنافع المستقبلة لم تحصل في يده، فلم يملكها بالإعارة كما لو لم تحصل العين في يده، ولأن المنافع إنما تستوفى شيئاً فشيئاً، فكلما استوفى منفعة فقد قبضها، والذي لم يستوفه لم يقبضه فجاز الرجوع فيه، كالهبة قبل القبض.

وعند المالكية: أن الإعارة إذا اقيدت بعمل أو أجل لزمت، ولا يجوز الرجوع قبل انتهاء العمل أو الأجل، وإن أطلقت جاز الرجوع؛ لقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ وقوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ**﴾ ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: «**المسلمون علي شروطهم**» أخرجه البخاري معلقاً بصيغة الجزم. =

. . . .

وَلاَ أُجْرَةَ لِمَنْ أَعَارَ حَائِطاً حَتَّى يَسْقُطَ،

المستعير برجوعه فيه[١]، كسفينة لحمل متاعه فليس له الرجوع ما دامت في لجة البحر[٢]، وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه لم يرجع ما دام عليه[٣].

(ولا أجرة لمن أعار حائطاً) ثم رجع **(حتى يسقط)**[٤] لأن بقاءه بحكم العارية، فوجب كونه بلا أجرة[٥]، بخلاف من أعار أرضاً لزرع

= (حاشية ابن عابدين: ٤/ ٧٦٧، والشرح الصغير: ٣/ ٥٧٢، ونهاية المحتاج: ٥/ ١٢٠، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/ ٧٠).

(١) استثنى الحنابلة ما إذا كان الرجوع يترتب عليه ضرر المستعير كما مثل المصنف.

(٢) حتى ترسي لما فيه من الضرر، فإذا رست جاز الرجوع لانتفاء الضرر، وله الرجوع قبل دخولها البحر على المذهب؛ لعدم الضرر.
وإن أعاره أرضاً للدفن لم يرجع حتى يبلى الميت ويصير رميماً، وله الرجوع قبل الدفن. (ينظر كشاف القناع ٤/ ٦٥).

(٣) للضرر بهدم البناء، وله الرجوع على المذهب قبل الوضع وبعده ما لم يبن عليه؛ لانتفاء الضرر. (المصدر السابق).

(٤) وكذا لا أجرة للمعير أيضاً في سفينة في لجة البحر، ولا في أرض أعارها للدفن حتى ترسي السفينة ويبلى الميت. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/ ٧٢).

(٥) ولأنه لا يملك الرجوع في عين المنفعة المذكورة؛ لإضراره بالمستعير. وتقدم قول المالكية: إن العارية المقيَّدة بزمن أو عمل لازمة.

وَلاَ يُرَدُّ إِنْ سَقَطَ إِلاَّ بِإِذْنِه،

ثم رجع(١) فيبقى الزرع بأجرة المثل لحصاده جمعاً بين الحقين(٢).

(**ولا يرد**) الخشب (**إن سقط**) الحائط لهدم أو غيره(٣)، لأن الإذن تناول الأول فلا يتعداه لغيره، (**إلا بإذنه**) أي إذن[١] صاحب الحائط أو عند[٢] الضرورة إلى وضعه إذا لم يتضرر الحائط، كما تقدم في الصلح(٤).

---

(١) قبل كمال الزرع.

(٢) وهذا هو المذهب، فتجب إجرة المثل من حين الرجوع إلى حصاد الزرع؛ لأن الأصل جواز الرجوع، وإنما منع القلع لما فيه من الضرر، ففي دفع الأجر جمع بين الحقين.

والوجه الثاني: لا تجب الأجرة في شيء من المواضع؛ لأن حكم العارية باق فيه؛ لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها، والإعارة تقتضي الانتفاع بغير عوض. واختار هذا المجد، وصححه الناظم والحارثي. (المصدر السابق).

(٣) كأن زال الخشب، والحائط بحاله، وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وقال القاضي وابن قدامة: له إعادته إلى الحائط؛ لأن البيت مستمر فكان الاستحقاق مستمرًا. (المصدر السابق).

(٤) ينظر: (٦/٤٨٦).

---

[١] في / ش. بزيادة لفظ: (إذا).

[٢] في / ب، م. بلفظ: (وعند).

وَتُضْمَنُ العَارِيَةُ

(وتضمن العارية)[١] المقبوضة إذا تلفت في غير ما استعيرت له .

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية، سواء تعدَّى أو لم يتعد : أن العارية مضمونة؛ لما استدل به المؤلف، ولقوله تعالى : ﴿ **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا** ﴾ والأمر بتأديتها يلزم ردَّ عينها إن كانت باقية، أو ضمانها ببدلها إن كانت تالفة .

ونوقش: بأن الأمر بتأدية الأمانة لا يستلزم منه ضمانها إذا تلفت .

ولحديث صفوان بن أمية أن رسول الله ﷺ : «استعار منه أدرعاً يوم حنين، فقال: أغصب يا محمد؟ فقال: لا بل عارية مضمونة» رواه أحمد، وأبو داود، والحاكم، والبيهقي، والدراقطني، وضعفه ابن حزم في المحلى : (٩ / ١٧١) .

وأجاب عنه ابن القيم : بأن المراد ضمان الرد، لا ضمان التلف لأمور ثلاثة :

الأول: أنه جاء في بعض ألفاظ الحديث : «بل عارية مؤداة» رواه الحاكم وصححه على شرط مسلم، والبيهقي .

الثاني: أن صفوان رضي الله عنه لم يسأل عن التلف، وإنما سأله هل تأخذها مني غصباً تحول بيني وبينها .

الثالث: أن النبي ﷺ جعل الضمان صفة للعارية نفسها، ولو كان ضمان تلف لكان لبدلها . (زاد المعاد : ٣ / ٤٨٢) .

واستدلوا أيضاً : أنه جاء في بعض الروايات : فضاع بعضها - أي الأدرع - فعرض عليه رسول الله ﷺ أن يضمنها له، فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب» رواه أحمد، وأبو داود .

قال ابن القيم في الهدي (٣ / ٤٨٢) : «قيل : هل عرض عليه أمراً =

. . . .

. . . .

= واجباً، أو أمراً مستحبًّا الأولى فعله . . . ولو كان الضمان واجباً لم يعرضه عليه، بل كان يفي له به . . . ».

وعند الحنفية وابن حزم: أن العارية أمانة في يد المستعير لا يضمنها إلا بتعدٍّ أو تفريط.

ودليل عدم تضمين المستعير: قوله تعالى: **﴿فَلا عُدْوَانَ إِلاَّ عَلَى الظَّالِمِينَ﴾** وهذا يشمل المستعير، فلا يضمن إلا إذا ظلم وتعدى.

ولقوله تعالى: **﴿وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾** وقوله تعالى: **﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أُوْلَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾**.

ولحديث أبي أمامة الباهلي مرفوعاً: « **العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم** » رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي وحسنه، والبيهقي وغيرهم.

فقوله ﷺ: « مؤادة » يدل على أنها أمانة؛ لقوله تعالى: **﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾**.

ولقول عمر رضي الله عنه: « **العارية بمنزلة الوديعة، ولا ضمان فيها إلا أن يتعدى** » رواه عبدالرزاق وابن حزم، وحسنه في إعلاء السنن: (١٦/ ٥٦).

ولقول علي رضي الله عنه: « **ليست العارية مضمونة، إنما هو معروف، إلا أن يخالف فيضمن** » رواه عبدالرزاق وابن أبي شيبة وابن حزم: (٩/ ١٧٣) وصححه.

وعند المالكية: لا يلزم المستعير ضمان ما لا يخفى هلاكه كالحيوان =

. . . .

. . . .

لقوله ـ عليه السلام ـ: «**وعلى اليد ما أخذت حتى تؤديه**»[١] رواه الخمسة

= والعقار ونحو ذلك إلا بتعد أو تفريط، ويضمن ما يخفى هلاكه كالحلي والأواني ونحوها، إلا إذا قامت البينة على عدم التعدي أو التفريط.

وعللوا: بأن القبض في العارية لمنفعة القابض فجاز أن يتعلق به الضمان إذا كان مما يخفى هلاكه كالقرض.

ولأن ما لا يخفى هلاكه منفعته تطوع بها المالك، فلم تضمن مع عدم التعدي، كالعبد الموصى بخدمته.

(المبسوط: ١١ / ١٣٤، وبدائع الصنائع: ٦ / ١١٧، والإشراف: ٢ / ٣٩، والتفريع: ٢ / ٢٦٩، والأم: ٣ / ٢٥٠، وحلية العلماء: ٥ / ١٨٩، ومسائل أحمد لابنه صالح: ١ / ٤٥٣، والمحرر: ١ / ٣٦٠، والفروع: ٤ / ٤٧٤، والمحلى: ٩ / ١٧٤، ونيل الأوطار: ٣ / ٢٩٧).

وعن الإمام أحمد: تضمن العارية إن شرط المعير الضمان وإلا فلا، اختار هذه الرواية أبو حفص العكبري، وشيخ الإسلام، وصاحب الفائق؛ لحديث: «**المسلمون على شروطهم**». (الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥ / ٩٢).

(١) أخرجه أبو داود: (٣ / ٨٢٢) – البيوع – باب في تضمين العارية (ح ٣٥٦١)، والترمذي: (٣ / ٥٥٧) – البيوع – باب ما جاء في أن العارية مؤداة – (ح ١٢٦٦)، وابن ماجه: (٢ / ٨٠٢) – الصدقات – باب العارية – (ح ٢٤٠٠)، والدارمي: (٢ / ١٧٨) – البيوع – باب في العارية مؤداة – (ح ٦٠٤)، وابن الجارود في المنتقى: (ص ٣٤٠، ٣٤١ – ح ١٠٢٤)، والطبراني في الكبير: (٧ / ٢٥١، ٢٥٢ ح ٦٨٦٢)، =

. . . .

. . . .

وصححه الحاكم، وروي عن ابن عباس وأبي هريرة(١)، لكن المستعير من المستأجر أو لكتب علم[١] ونحوها(٢) موقوفة لا ضمان عليه إن لم يفرط.

= والقضاعي في مسند الشهاب: (١/١٨٩ - ح ٢٨٠، ٢٨١)، والحاكم: (٢/٤٧) - البيوع -، والبيهقي: (٦/٩٠) - العارية - باب العارية مضمونة، (٦/٩٥) - الغصب - باب رد المغصوب إذا كان باقياً، (٨/٢٧٦-٢٧٧) - السرقة - باب غرم السارق، ابن حزم في المحلى: (٩/١٧٢) من طريق قتادة عن الحسن عن سمرة.

الحديث صحيح، وقد زال الخوف من تدليس قتادة، حيث جاءت رواية شعبة بن الحجاج عنه عند ابن حزم في المحلى، وقد كفانا شعبة تدليسه، أما سماع الحسن من سمرة فالراجح صحته، وهو رأي علي بن المديني والبخاري والترمذي.

وصحح الحديث الترمذي والحاكم الذهبي والسيوطي في الجامع الصغير.

(١) أي في ضمان العارية أخرجه عبدالرزاق: (٨/١٨٠ - ح ١٤٧٩١، ١٤٧٩٢)، وابن أبي شيبة: (٦/١٤١، ١٤٢) - البيوع - (ح ٥٨٥، ٥٩٣)، وابن حزم في المحلى: (٩/١٧٠)، والبيهقي: (٦/٩٠) - العارية - باب العارية مضمونة.

(٢) تقدم أن المذهب ضمان العارية مطلقاً، لكنهم يستثنون أربع مسائل لا ضمان لها:

الأولى: المستعير من المستأجر، إذ الأصل ـ المستأجر ـ لا ضمان عليه.

الثانية: إذا كانت العارية كتب علم موقوفة، أو أدرعاً موقوفة على الغزاة لا=

---

[١] في / ظ. بلفظ: (العلم).

بِقِيمَتِهَا يَوْمَ تَلِفَتْ، وَلَو شَرَطَ نَفْيَ ضَمَانِهَا

وحيث ضمنها المستعير ف (**بقيمتها يوم تلفت**)(١) [١[إن لم تكن مثلية وإلا فبمثلها كما تضمن في الإتلاف]١](٢).

(**ولو شرط نفي ضمانها**) لم يسقط؛ لأن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط(٣)، [٢[وعكسه نحو وديعة لا تصير مضمونة بالشرط]٢](٤)

= ضمان على مستعيرها إذا لم يتعدَّ ويفرِّط، ويضمن إذا تعدى أو فرط.

الثالثة: إذا تلفت أجزاؤها بالاستعمال بالمعروف.

الرابعة: إذا أركب منقطعاً للثواب كما يأتي.

(١) لأن يوم التلف يتحقق فيه فوات العارية، فوجب اعتبار الضمان به إن كانت متقومة، ولم تكن مثلية.

(٢) أي إن كانت مثلية فعليه مثلها؛ لأنه أقرب من القيمة، وتقدم بيان المثلي والقيمي في باب الغصب.

(٣) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وعن الإمام أحمد: أن العارية تضمن بالشرط، واختارها شيخ الإسلام وتقدم؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: «**المسلمون على شروطهم**» (الفروع: ٤ / ٤٧٤، والإنصاف: ٦ / ١١٣).

(٤) فكل أمانة نحو وديعة، ورهن، وشركة، ومضاربة وغيرها لا تصير مضمونة بشرط الضمان؛ لأن مقتضى العقد كونه أمانة، فإذا شرط ضمانه فقد التزم ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه. (ينظر كشاف القناع: ٤ / ٧١).

[١-١] ساقط من / م، ف.

[٢-٢] ساقط من / م، ف.

وَعَلَيْهِ مُؤْنَةُ رَدِّهَا إلاَّ الـمُؤْجَرَةُ،

وإن تلفت هي أو أجزاؤها في انتفاع بمعروف لم تضمن؛ لأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف[١]، وما أذن في إتلافه غير مضمون، **(وعليه)** أي على المستعير **(مؤنة ردها)** أي رد العارية[٢]، لما تقدم من حديث[٣]: «**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**»[٤]، وإذا كانت واجبة الرد وجب أن تكون مؤنة الرد على من وجب عليه الرد[٥]، **(لا المؤجرة)** فلا يجب على المستأجر مؤنة ردها؛ لأنه لا[١] يلزمه[٦] الرد، بل يرفع

---

(١) بحمل المنشفة، والقطيفة، وثوب بلي باللبس، وكذا إذا تلفت بمرور الزمن. (المصدر السابق).

(٢) وهذا هو المذهب، وقول الحنفية، والأظهر عند المالكية والشافعية؛ لما استدل به المؤلف، ولأن الإعارة مكرمة فلو لم تجعل المؤونة على المستعير لامتنع الناس، ولقاعدة: كل ما كان مضمون العين فهو مضمون الرد.

وفي قواعد ابن رجب القاعدة (٣٨): «وقيل: مؤنة ردها على المالك».

(حاشية ابن عابدين: ٤/٥٠٥، والشرح الكبير للدردير: ٤/٤٤١، ومغني المحتاج: ٥/١٢٤، ونيل المآرب: ١/١٣٧).

(٣) «**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**» تقدم تخريجه قريباً (ص ١٧٥).

(٤) وكذا في قوله تعالى: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا**﴾.

(٥) لأنه من لازمه، وكمغصوب. (ينظر كشاف القناع: ٤/٧٣).

(٦) وإذا لم يلزمه الرد فمؤنته من باب أولى.

---

[١] في / س ، هـ. بلفظ: (لا يلزم).

وَلاَ يُعِيرُهَا،

يده إذا انقضت المدة[١]، ومؤنة الدابة المؤجرة والمعارة على المالك[٢]، وللمستعير استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله[٣] لأنه نائبه. **(ولا يعيرها)**[٤]

---

(١) ويتسلمها مالكها. ما لم يكن هناك شرط أو عرف.

(٢) وهذا هو المذهب، والمعتمد عند المالكية، ومذهب الشافعية: أن نفقة العارية على مالكها؛ لأنها لو كانت على المستعير لكان كراء، وربما كان ذلك أكثر من الكراء، فتخرج العارية إلى الكراء، ولأن تلك النفقة من حقوق الملك.
وعند الحنفية: أن ذلك على المستعير؛ لإن مالك الدآبة فعل معروفاً، فلا يشدد عليه. (المصادر السابقة).

(٣) وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٥ / ٨٧): «ولا نعلم في هذا خلافاً، ولا خلاف بينهم على أن المستعير لا يملك العين، وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه».

(٤) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الشافعية: أن المستعير لا يملك إعارة العارية إلا بإذن صاحبها؛ لما علل به المؤلف، ولأن الناس يتفاوتون في الاستعمال، والمعير لم يرض بانتفاع غير المستعير.
وعند الحنفية: يملك الإعارة إلا إذا نهاه المعير، أو استعملها المستعير، أو انتهى من العمل الذي استعارها له، أو كانت مقيدة، وهي ما يختلف باختلافها المستعمل.
ودليل هذا الرأي: ما رواه أنس بن مالك رضي الله عنه قال: «**لما قدم المهاجرون من مكة، وليس بأيديهم يعني شيئاً ... فقاسمهم الأنصار على أن** =

. . . .

. . . .

ولا يؤجرها[١] لأنه إباحة المنفعة، فلم يجز أن يبيحها غيره، كإباحة

= **يعطوهم ثمار أموالهم كل عام، ويكفوهم العمل والمؤنة، وكانت أمه أم أنس أم سليم كانت أم عبدالله بن أبي طلحة، فكانت أعطت أم أنس رسول الله ﷺ عذاقاً ـ جمع عذق وهي النخلة ـ فأعطاهن النبي ﷺ أم أيمن مولاته أم أسامة»** متفق عليه. فعذق أم سليم كانت منيحة عارية للنبي ﷺ فأعارها النبي ﷺ أم أيمن.
ونوقش: بعدم التسليم، إذ العارية ترد ذاتها، والنبي ﷺ أعطى غير ما أخذ بدليل ما جاء في الحديث «فأعطى رسول الله ﷺ أم أيمن مكانهن من حائطه» فالنبي ﷺ أعطاها من باب المكافأة على فعل المعروف.
وعللوا: بأن المعير قد رضي باستعمال المستعير، لا باستعمال غيره، فلا يملك الإعارة إذا كانت العين تختلف باختلاف المستعمل دفعاً للضرر عنه. (الهداية: ٣ / ٢٢١).
وعند المالكية: أن المستعير يملك الإعارة مطلقاً؛ لما تقدم من حديث أنس رضي الله عنه.
(المبسوط: ١١ / ١٤٠، والهداية: ٣ / ٢٢١، والتفريع: ٢ / ٢٦٩، وحاشية الدسوقي: ٣ / ٤٣٣، والمهذب: ١ / ٣٧١، وحلية العلماء: ٥ / ١٩٥، والفروع: ٤ / ٤٧٤، والمبدع: ٥ / ١٦٤).

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف، ولأن الإجارة أعلى من الإعارة لأنها لازمة، فلو جاز للمستعير أن يؤجر لتضرر المؤجر.
وعند المالكية: أن للمستعير أن يؤجر العارية؛ لأنه مالك للانتفاع.
وأجيب عنه: بعدم التسليم كما سبق أول الباب. (المصادر السابقة).

. . . .

فَإِنْ تَلِفَتْ عِنْدَ الثَّانِي اسْتَقَرَّتْ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا، وَعَلَى مُعِيرِهَا أُجْرَتُهَا،

الطعام، (**فإن**) أعارها و (**تلفت عند الثاني استقرت عليه قيمتها**)(١) إن كانت متقومة سواء كان عالماً بالحال أو لا(٢)؛ لأن التلف حصل في يده(٣)، (**و**) استقر (**على معيرها أجرتها**)(٤) للمعير الأول إن لم يكن المستعير الثاني عالماً بحال(٥)، وإلا استقرت [عليه][١] أيضاً(٦).

---

(١) أو مثلها إن كانت مثلية.

(٢) أي سواء علم المستعير الثاني أن للعين مالكاً لم يأذن في إعارتها، أو لم يعلم.

(٣) فعليه قيمتها أو مثلها؛ لدخوله على ضمانها إن علم الحال بأنها ليست ملكاً للمعير، ولا مأذوناً له فهو غاصب، وإن لم يعلم الحال فلأنه قبضها على أنها عارية، والعارية مضمونة - عند أهل العلم - وتقدم خلاف أهل العلم في هذه المسألة.

(٤) لأنه غر الثاني بدفعها له على أن يستوفي منافعها بغير عوض فاستقر عليه ضمان المنفعة دون الثاني.

(٥) وهو أن للعين مالكاً لم يأذن في إعارتها، فوجبت الأجرة على الغار بدفعها بدون إعلام بالحال. (ينظر: كشاف القناع ٤ / ٧٢).

(٦) أي وإلا استقرت أجرة العين المعارة على المستعير الثاني أيضاً مع قيمة العين لعلمه بأن العين لم تكن ملكاً لمعيره، مثال ذلك: لو أعار زيد دآبة لعمرو فأعارها بكراً فتلفت عنده - ضمنها مطلقاً - على القول بضمان العارية وهو المذهب - وأجرتها على بكر أيضاً إن كان عالماً بالحال، وإلا كانت الأجرة على عمرو.

---

[١] ساقط من / س.

وَيُضَمِّنُ أَيَّهُمَا شَاءَ، وَإِنْ أَرْكَبَ مُنْقَطِعًا لِلثَّوَابِ لَمْ يَضْمَنْ،

(و) للمالك أن **(يضمن أيهما شاء)** من المعير؛ لأنه سلط[١] على إتلاف ماله أو[٢] المستعير؛ لأن التلف حصل تحت يده(١)، **(وإن أركب)** دابته **(منقطعاً)**[٣] طلباً **([للثواب]**[٤] **لم يضمن)**(٢)؛ لأن يد ربِّها لم تزل عليها(٣)، كرديفه ووكيله(٤)، ولو سلم شريكه الدابة فتلفت بلا تفريط ولا تعدٍّ لم يضمن(٥) إن لم يأذن له في الاستعمال(٦)، فإن أذن له فيه فكعارية(٧) وإن كان بإجرة

---

(١) أي فله تضمينه، كما لو سلط على مال غيره دآبة فأكلته. (كشاف القناع: ٤ / ٧٢).

(٢) أي المنقطع تلف الدابة تحته؛ لأن المالك هو الطالب لركوبه تقرباً إلى الله، ولأنها غير مقبوضة. (كشاف القناع ٤ / ٧١).

(٣) وراكبها لم ينفرد بحفظها.

(٤) كما لا يضمن رديف ربها؛ لأنها بيد مالكها، وكما لا يضمن وكيل رب الدابة إذا تلفت في يده؛ لأنه ليس بمستعير. (المصدر السابق).

(٥) لأنه أمين.

(٦) وإنما سلمها له ليحفظها بلا استعمال.

(٧) لها أحكام العارية، وإن استعملها بلا إذن فغصب.

---

[١] في / م، ف. بلفظ: (يتسلط).

[٢] في / س. بلفظ: (والمستعير).

[٣] في / هـ. بلفظ: (منقطاً).

[٤] ساقط من / م، ف.

وَإِذَا قَالَ أَجَّرْتُكَ، قَالَ: بَلْ أَعَرْتَنِي، أَوْ بِالعَكْسِ عَقِبَ العَقْدِ قُبِلَ قَوْلُ مُدَّعِي الإِعَارَةِ،

[فإجارة][١](١)، فلو سلمها إليه ليعلفها، ويقوم بمصالحها لم يضمن(٢).

(**وإذا قال**) المالك: (**أجرتك**) و (**قال**) من هي بيده: (**بل أعرتني أو بالعكس**) بأن قال: أعرتك، قال: بل أجرتني، فقول المالك في الثانية، وترد إليه في الأول إن اختلفا (**عقب العقد**) أي قبل مضي مدة لها [٢]أجرة (**قبل قول مدعي الإعارة**) مع يمينه، لأن الأصل عدم عقد [٢] الإجارة، وحينئذ ترد العين إلى مالكها إن كانت باقية(٣).

---

(١) أي وإن سلم شريك لشريكه دآبة فإجارة، له أحكام الإجارة.

(٢) لأنها حينئذ أمانة في يده، أو سلمها لشريكه؛ ليكون استعماله لها في نظير إنفاقه عليها، أو تناوبه معه لم يضمن.

فــرع: ويجبر رد عارية بطلب مالك، وبانقضاء الغرض منها، وبانتهاء التوقيت، وبموت معير أو مستعير، فإن أخر الرد فعليه أجرة المثل؛ لعدم الإذن فيه. (كشاف القناع ٤/٧٣).

(٣) إذا اختلف المتعاقدان في صفة العقد، فله حالتان:

الحال الأولى: أن يكون ذلك عقب العقد كأن يقول المالك: أجرتك فلي الأجرة، فينكر القابض ويقول: بل أعرتني فليس لك أجرة، فالقول قول القابض مع يمينه؛ لأن الأصل عدم عقد الإجارة، وبراءة ذمة من بيده العين. (المبسوط: ١١/١٤٩، وحاشية الدسوقي: ٣/٤٤٠، وفتح العزيز: ١١/٢٣٤، والمغني: ٧/٣٥٦، والكافي لابن قدامة: ٢/٣٨٨، والفروع: ٤/٤٧٧).

وإن قال المالك: أعرتك، وقال القابض آجرتني، فقول مدعي الإعارة لما تقدم من التعليل السابق. (المغني: ٧/٣٥٦، والكافي لابن قدامة: ٢/٣٨٨).

---

[١] ساقط من / س. [٢-٢] ساقط من / ف.

وَبَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ قَوْلُ الـمَالِكِ بِأُجْرَةِ الـمِثْلِ،

(و) إن كان الاختلاف (**بعد مضي مدة**) لها أجرة فالقول (**قول المالك**)[1] مع يمينه؛ لأن الأصل في مال الغير الضمان، ويرجع المالك حينئذ (**بأجرة المثل**)[2] لما مضى من المدة؛ لأن الإجارة لم تثبت. (**وإن**

---

(١) الحال الثانية: أن يكون الخلاف بعد مضي مدة لها أجرة:
فالمذهب، وهو قول المالكية: والشافعية، واختاره شيخ الإسلام: أن القول قول المالك مع يمينه؛ لأن المنافع تجري مجرى الأعيان في الملك والعقد عليها، ولو اختلفا في الأعيان كان القول قول المالك فكذا هنا، ولأن الغالب خروج الأعيان أو المنافع مقابل العوض؛ ولما علل به المؤلف.
وعند الحنفية: أن القول قول القابض؛ لأنهما اتفقا على تلف المنافع على ملك القابض، وادعى المالك عوضاً، والأصل عدم وجوبه، وبراءة ذمة القابض منه.
ونوقش: بأنه لا يسلم عدم الوجوب. (المصادر السابقة).
فالأقرب: القول الأول، ما لم تكن هناك قرينة، أو بينة.

(٢) هذا هو المذهب؛ لأنهما لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فمع الاختلاف في أصله أولى.
والوجه الثاني: يجب المسمى؛ لأنه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالأصل.
وقيل: يلزمه أقل الأمرين من المسمى وأجر المثل؛ لأنه إن كان المسمى أقل فقد رضي به، وإن كان أكثر فليس له إلا أجر المثل.
(المغني: ٧/ ٤٦٣، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/ ١٠٤).

. . . .

وَإِنْ قَالَ: أَعَرْتَنِي. أَوْ قَالَ: أَجَّرْتَنِي. قَالَ: بَلْ غَصَبْتَنِي، أَوْ قَالَ: أَعَرْتُكَ، قَالَ: بَلْ أَجَّرْتَنِي. وَالبِهِيمَةُ تَالِفَةٌ،

قال) الذي في يده العين: **(أعرتني. أو قال: أجرتني، قال)** المالك: **(بل غصبتني)**(١)، فقول مالك كما لو اختلفا في ردها، **(أو قال)** المالك: **(أعرتك)**، و **(قال)** من هي بيده: **(بل أجرتني**[١]**، والبهيمة تالفة)**(٢)،

---

(١) في الشرح مع الإنصاف (١٥/١٠٧): «إذا كان الاختلاف عقيب العقد، والدآبة قائمة لم تنقص فلا معنى للاختلاف، ويأخذ المالك دآبته، وكذلك إنا كانت الدآبة تالفة وادعى الراكب العارية؛ لأن القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الغاصب.

وإن كان الاختلاف بعد مضى مدة لها أجرة فالاختلاف في وجوبه، والقول قول المالك، وهذا ظاهر قول الشافعي، ونقل المزني عنه: أن القول قول الراكب؛ لأن المالك يدعي عوضاً الأصل براءة ذمته منه ...».

(٢) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥/١٠٥): «بلا نزاع».

وفي الشرح الكبير: «القول قول المالك إذا كان قبل مضـي مدة لمثلها أجرة سواء ادعى الإجارة أو الإعارة ... وإن اختلفا بعد مضـي مدة لمثلها أجر، والبهيمة تالفة، وكان الأجر بقدر قيمتها، أو كان ما يدعيه المالك أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المـالك بلا يمين إذ لا فائدة في اليمين على شيء يعترف له به خصمه ...، وإن كان ما يدعيه المالك أكثر بأن تكون قيمة الدآبة أكثر من أجرها، فادعى أنها عارية لتجب القيمة .... أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها وادعى الراكب أنها عارية، فالقول قول المالك باليمين، ومذهب الشافعي نحو ما ذكرنا».

---

[١] في / ف. بلفظ: (أجرتني البهيمة).

أَوْ اخْتَلَفَا فِي رَدٍّ فَقَوْلُ الـمَالِكِ.

فقول مالك؛ لأنهما اختلفا في صفة القبض، والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان للأثر(١)، ويقبل قول الغارم في القيمة(٢)، (**أو اختلفا**[١] **في ردٍّ فقول المالك**)(٣) لأن المستعير قبض العين لحظ نفسه، فلم يقبل قوله في الرد، وإن قال: أودعتني، فقال: غصبتني(٤)، أو قال[٢]: أودعتك، قال: بل أعرتني صُدِّقَ المالك

---

(١) تقدم تخريجه قريباً.

(٢) لقوله ﷺ في حديث ابن عباس: «**لو يعطي الناس بدعواهم لا دعى رجال دماء قوم وأموالهم**».

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول الشافعية؛ لما استدل به المؤلف، ولأن الأصل عدم الرد كالمدين إذا ادعى أداء الدين.
وعند الحنفية: أن القول قول المستعير مع يمينه؛ لأن المستعير أمين ينكر وجوب الضمان عليه فكان القول قوله أشبه المودَع.
وعند المالكية: أن القول قول المستعير فيما لا يخفى هلاكه، وإن كان مما يخفى هلاكه فالقول قول المعير؛ قياساً على قبول قول المستعير في التلف إذا كان المال مما يخفى هلاكه.
(المبسوط: ١١/١٤٤، وشرح الخرشي: ٦/١٢٨، والإقناع للشربيني: ٣/١٣٧، ومعونة أولي النهى: ٥/٢٤٠).

(٤) فالقول قول المالك بيمينه؛ لأن الأصل عدم الإيداع.

---

[١] في / س. بلفظ: (إن اختلفا).

[٢] في / س. بلفظ: (وقال).

. . . .

بيمينه[١] وعليه الأجرة بالانتفاع[٢].

* * *

(١) لما تقدم، ما لم تكن بينة، أو قرينة.

(٢) أي على قابض العين الأجرة بالانتفاع بالمقبوض، ويرد العين إن كانت باقية أو قيمتها إن كانت متقومة، أو مثلها إن كانت مثلية.

* * *

. . . .

بَابُ الغَصْبِ

وَهُوَ الاسْتِيلاءُ عَلَى حَقٍّ غَيْرِهِ

باب الغصب(١)

(الغصب) مصدر غصب يغصب - بكسر الصاد - (وهو) لغة: أخذ الشيء ظلماً(٢) واصطلاحاً: (الاستيلاء) عرفاً(٣) (على حق غيره)

---

(١) أي هذا باب يذكر فيه أحكام الغصب، وجناية البهائم، وما في معنى ذلك من الاتلافات.

(٢) في المصباح المنير (٢/٤٤٨): «غصبه غَصْباً من باب ضرب، واغتصبه أخذه قهراً وظلماً، فهو غاصب، والجمع غصاب مثل كافر وكفار، ويتعدى إلى مفعولين فيقال: غصبته ماله، وقد تزاد مِنْ في المفعول الأول، فيقال: غصبت منه ماله ...»، (ولسان العرب: ١/٦٤٨).

(٣) فما عد في العرف استيلاء مع تمام الحد فهو غاصب، ويختلف باختلاف المستولي عليه.

قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٦١): «قال في المحرر: وهو الاستيلاء على مال الغير ظلماً.

قوله: «على مال الغير» يدخل فيه مال المسلم والمعاهد، وهو المال المعصوم، ويخرج منه: استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب فإنه ليس بظلم.

ويدخل فيه: استيلاء المحاربين على مال المسلمين وليس بجيد، فإنه ليس من الغصب المذكور حكمه هنا بإجماع المسلمين، إذ لا خلاف أنه لا =

قَهْرًا بِغَيْرِ حَقٍّ،

مالاً كان أو اختصاصاً[1] **(قهراً بغير حق)**، فخرج بقيد القهر: المسروق والمنتهب والمختلس[2]، وبغير حق [1][استيلاء الولي على مال الصغير ونحوه[3]، والحاكم على][1] مال المفلس[4]،وهو محرم لقوله ـ تعالى ـ:

= يضمن بالإتلاف ولا بالتلف، وإنما الخلاف في وجوب رد عينه، وأما أموال أهل البغي وأهل العدل فقد لا يرد؛ لأن هناك لا يجوز الاستيلاء على عينها، ومتى أتلفت بعد الاستيلاء على عينها ضمنت، وإنما الخلاف في ضمانها بالإتلاف وقت الحرب.

ويدخل فيه: ما أخذه الملوك والقطاع من أموال الناس بغير حق من المكوس وغيرها» ا.هـ.

(١) المختص مثل: كلب الصيد، وحرث وماشية، وخمرة ذمي. قال ابن رجب في القواعد ص١٩٢: «حقُّ الاختصاص عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به، ولا يملك أحدٌ مزاحمته فيه، وهو غير قابل للشمول والمعاوضات».

(٢) السرقة: أخذ مال الغير من حرز مثله على وجه الخفية. (مغني المحتاج: ٤/١٥٨).

في المصباح (٢/٦٢٧): «... النهب أي الانتهاب، وهو الغلبة على المال والقهر». وفيه أيضاً (١/١٧٧): «خلست الشيء خَلْسةً من باب ضرب اختطفته بسرعة على غفلة». فهذه ليست غصباً.

(٣) كالمجنون، والبالغ غير الرشيد، فليس غصباً.

(٤) انظر: باب الحجر.

ومن تعاريف الحنفية: أخذ مال متقوم غير محرم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده بفعل في العين. =

. . . .

مِنْ عَقَارٍ وَمَنْقُولٍ،

﴿ وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾[١] **(من عقار)** بفتح العين: الضيعة، والنخل، والأرض، قاله أبو السعادات[٢][٣]، **(ومنقول)** من أثاث

= ومن تعاريف المالكية: أخذ المال قهراً تعدِّياً بلا حرابة.
ومن تعاريف الشافعية: أخذ مال الغير على وجه التعدي.
(مجمع الضمانات: ص ١١٧، وكفاية الطالب الرباني: ٣ / ٥٧٠، وروضة الطالبين: ٥ / ٣).

(١) سورة البقرة: الآية ١٨٨.
وأما السنة: فحديث أبي بكرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إن دماءكم، وأموالكم، وأعراضكم حرام عليكم** ...» متفق عليه.
وأما الإجماع: (فقد نقله غير واحد من العلماء).
(انظر: المغني: ٨ / ٣٦٠، وبدائع الصنائع: ٧ / ١٤٨، والمهذب: ١ / ٣٦٧).
وفي الإفصاح (٢ / ٢٨): «واتفقوا على أن الغصب حرام، وأنه أخذ بعدوان وقهر».

(٢) ابن الأثير في النهاية (٣ / ٢٧٤)، وفي المصباح (٢ / ٤٢١): «والعقار مثل سلام: كل مِلك ثابت له أصل كالدار والنخل، قال بعضهم: وربما أطلق على المتاع، والجمع عقارات».

(٣) فالمذهب، ومذهب المالكية والشافعية: أن الغصب يكون في العقار؛ لحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «**من ظلم قيد شبر من الأرض طُوِّقَهُ من سبع أرضين**» متفق عليه. =

---

[١] ساقط من / م، ف.

. . . .

وحيوان[١] ولو أم ولد[٢]، لكن لا تثبت اليد على بضع[٣] فيصح تزويجها[٤].

= قال ابن حجر في الفتح (٥/١٠٣): «وفي الحديث إمكان غصب الأرض».

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: أن العقار لا يتصور وجود معنى الغصب فيه، لعدم إمكان نقله وتحويله، فصار كما لو حال بين المالك ومتاعه فتلف المتاع فلا ضمان، أما لو أتلفه الغاصب بنفسه كأن هدمه ضمن.

(بدائع الصنائع: ٧/١٤٥، وتبيين الحقائق: ٥/٢٢٤، والشرح الكبير للدردير: ٣/٤٤٣، ومغني المحتاج: ٢/٢٧٥، وكشاف القناع: ٤/٨٣).

(١) وشجر وزرع ونحوهما.

(٢) وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٥/١١٤): «وهو قول الشافعي، وأبي يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا تضمن؛ لأن أم الولد لا تجري مجرى المال، بدليل أنه لا يتعلق بها حق الغير فأشبهت الحر.

ولنا: أنها تضمن بالقيمة، فتضمن بالغصب كالقن، ولأنها مملوكة أشبهت المدبرة، وفارقت الحرة فإنها ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة»

(٣) في المصباح (١/٥١): «البضع بالضمِّ جمعه أبضاع مثل: قفل وأقفال يطلق على الفرج، والجماع، والتزويج ...».

(٤) ولو كانت بيد الغاصب؛ لأنه تثبت يده على بضعها بخلاف بيعها، فلا يصح إلا على غاصبها، أو قادر على أخذها منه.

. . . .

. . . .

ولا يضمن نفعه[١]، ولو دخل داراً قهراً وأخرج ربها فغاصب[٢]، وإن أخرجه قهراً ولم يدخل أو دخل مع حضور ربها وقوته فلا[٣]،

---

(١) وهذا باتفاق الأئمة.
(شرح الخرشي وحاشية ابن العدوي عليه: ٦ / ١٤١، وروضة الطالبين: ٥ / ١٤، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥ / ١١٤).
أي نفع البضع وهو المهر، فلو حبسها عن النكاح حتى فات بالكبر لم يضمن المهر بالتفويت؛ لأن النفع إنما يضمن بالتفويت إذا كان مما تصح المفاوضة عليه بالإجارة، والبضع ليس كذلك. (المصادر السابقة).
قال ابن رجب في القاعدة (٩١): «من الأصحاب من قال منفعة البضع لا تدخل تحت اليد، وبه جزم القاضي في خلافه وابن عقيل في تذكرته وفرعوا عليه صحة تزويج الأمة المغصوبة، وأن الغاصب لا يضمن مهرها، ولو حبسها عن النكاح حتى فات بالكبر، وخالف ابن المني وجزم بضمان مهر الأمة بتفويت النكاح، وذكر في الحرة تردداً لامتناع ثبوت اليد عليها».
(٢) لوجود الاستيلاء. (ينظر المغني: ٧ / ٣٦٥).
(٣) لعدم الاستيلاء، قال ابن قدامة في المغني (٧ / ٣٦٥): «ولا يحصل الغصب من غير استيلاء، فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله، سواء دخلها بإذنه أو غير إذنه، وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن.
وقال بعض أصحاب الشافعي: إن دخلها بغير إذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها. . . .».

. . . .

وَإِنْ غَصَبَ كَلْباً يُقْتَنَى أَوْ خَمْرَ ذِمِّيٍّ رَدَّهُمَا ،

وإن دخل قهراً ولم يخرجه فقد غصب ما استولى عليه(١)، وإن[١] لم يرد الغصب فلا، وإن دخلها قهراً في غيبة ربها فغاصب(٢) ولو كان فيها قماشه، ذكره في «المبدع»(٣).

(**وإن غصب كلباً يقتنى**) ككلب صيد وماشية وزرع، (**أو**) غصب (**خمر ذمي**) مستورة (**ردهما**)(٤)؛ لأن الكلب يجوز الانتفاع به

---

(١) لأنه لا يشترط لتحقق الغصب نقل العين، بل يكفي مجرد الاستيلاء.

(٢) لاستيلائه عليها.

(٣) ٥/١٥١.

(٤) هذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥/١١٧): «وذكر في الانتصار لا يرد الخمر، وتلزم إراقتها إن حُدَّ وإلا لزمه تركه، وعليهما يخرج تعذير مريقه، وقال في القواعد الأصولية: لو غصب مسلم خمرة ذمي انبنى وجوب ردها على ملكها لهم وفيه روايتان: إحداهما: يملكونها فيجب الرد هذا قول جمهور أصحابنا ...».

وكذا خمرة خلال؛ لأنه غير ممنوع من إمساكها، وكذا لو غصب دهناً متنجساً رده؛لأنه يجوز الاستصباح به – على المذهب – في غير مسجد، وإن لم يكن الكلب يقتنى، ولم تكن خمرة الذمي مستورة لم يلزمه الردُّ، للنهي عن اقتناء الكلب، وزوال عصمة خمرة الذمي متى ظهرت.

---

[١] في / س. بلفظ: (فإن لم).

وَلاَ يَرُدُّ جِلْدَ مَيْتَةٍ، وَإِتْلاَفُ الثَّلاَثَةِ

واقتناؤه، وخمر الذمي يقر على شربها، وهي مال عنده(١).

(ولا) يلزم أن **(يرد جلد ميتة)** غصب ولو بعد الدبغ؛ لأنه لا يطهر بدبغ(٢). وقال الحارثي: يرده حيث قلنا: يباح الانتفاع(٣) به في اليابسات. قال في «تصحيح الفروع»: وهو الصواب(٤).

(وإتلاف الثلاثة) أي الكلب[١](٥) ....

---

(١) فلزم ردها ما زالت مستورة، وإن غصب من مسلم خمراً حرم ردها، ووجبت إراقتها؛ لأن أبا طلحة سأل رسول الله ﷺ: «**عن أيتام ورثوا خمراً فأمر بإراقتها**» رواه مسلم.

(٢) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وعند جمهور أهل العلم: يلزم رده، وفي المغني (٧ / ٤٢٧): «وإن غصب جلد ميتة فهل يلزمه رده؟ على وجهين، بناء على الروايتين في طهارته بالدبغ، فمن قال بطهارته أوجب رده؛ لأنه لا يمكن إصلاحه، فهو كالثوب النجس، ومن قال: لا يطهر لم يوجب رده؛ لأنه لا سبيل إلى إصلاحه ...».

(٣) الإنصاف مع الشرح الكبير: (١٥ / ١٢٣).

(٤) ٤ / ٤٩٥.

(٥) وهذا هو المذهب: أن إتلاف الكلب هدر؛ لعدم ماليته.

وعند جمهور أهل العلم: إن كان مأذوناً فيه ضمن قيمته، وإن كان غير مأذون فيه فلا ضمان في إتلافه.

(المصادر الآتية، والشرح الكبير مع حاشيته ٢ / ٢٠٤، و٣ / ٤٤٧، وكشاف القناع ٤ / ٨٤).

---

[١] في / ط. بلفظ: (الخمر والكلب).

هَدَرٌ،

والخمر المحترمة[1] وجلد الميتة[2] **(هـدر)** سواء كان المتلف مسلماً أو

---

(١) بإجماع العلماء يجب إتلاف الخمر التي هي من عصير العنب إذا كانت لمسلم، واستثنى من ذلك ما عصر من غير قصد الخمرية فتخمرت فأمسكت حتى تخلل، لما روى أنس رضي الله عنه أن أبا طلحة رضي الله عنه سأل النبي ﷺ عن أيتام ورثوا خمراً؟ قال: « **أهرقها، قال: أفلا أجعلها خلاً؟ قال: لا** » رواه أحمد وأبو داود والترمذي، ووثق رجاله في النيل: (٥/٣٩٤).

وأما ما سوى عصير العنب مما يسكر فجمهور أهل العلم: يجب إتلافه.

وعند أبي حنيفة: أنه لا يتلف؛ لأن الخمر عنده خاص بالنيّء من ماء العنب. وبإجماع العلماء: أن الخمر إذا أتلف لا يجب الضمان في إتلافه إذا كانت لمسلم.

(تحفة الفقهاء: ٣/٩٥، والتاج والإكليل: ٧/٣١٨، وحلية العلماء: ٢/٦٩٢، والمغني: ٧/٤٢٦).

وأما إن كانت لذمي فإن أخفاها فلا يشرع إتلافها، وإن أظهرها فالمذهب ومذهب الشافعية: تتلف؛ لعموم الأدلة الدالة على إتلافها.

وعند الحنفية والمالكية: يؤدب ولا تتلف؛ لأنها أموال متقومة لأهل الذمة فلا يجوز إتلافها كسائر أموالهم. (المصادر السابقة).

(٢) فالمذهب: إتلاف جلد الميتة هدر بناء على أنه لا يطهر بالدبغ.

وعند جمهور أهل العلم: يضمن؛ لعموم أدلة الضمان.

(ينظر: المبسوط: ١١/١٠٢-١٠٤، والبحر الرائق: ٨/٢٤٠، والشرح الكبير للدردير: ٣/٤٤٨، ونهاية المحتاج: ٥/١٦٥، والإنصاف: ٦/١٢٥).

وَإِنْ اسْتَوْلَى عَلَى حُرٍّ لَمْ يَضْمَنْهُ، وَإِنِ اسْتَعْمَلَهُ كَرْهاً،

ذميًّا لأنه ليس لها عوض شرعي؛ لأنه لا يجوز بيعها[١].

(**وإن استولى على حر**) كبير أو صغير (**لم يضمنه**)[٢] لأنه ليس بمال[٣]، (**وإن استعمله كرهاً**)[٤] فعليه أجرته؛ لأنه استوفى منافعه

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية، وبه قال ابن حزم؛ لحديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام** ...». متفق عليه، وما حرم بيعه لم تجب قيمته كالميتة.
وعند الحنفية والمالكية: يجب الضمان في إتلاف خمر الذمي، فإن كان مسلماً ضمن القيمة، وإن كان ذميًّا ضمن المثل؛ لأنها مال عندهم.
(المصادر السابقة).

(٢) بأن حبسه، ولم يمنعه الطعام والشراب، فمات بنحو مرض، وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف.
وفي وجه للحنابلة: يضمن الحرُّ بناء على ثبوت اليد عليه.
وفي وجه آخر: يضمن الصغير؛ لأنه يمكن الاستيلاء عليه من غير ممانعة.
(ينظر: حاشية الحموي على ابن نجيم: ١/ ١٦٤، والمنثور للزركشي: ٢/ ٤٣، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/ ١٢٤، وقواعد ابن رجب: القاعدة الثانية والتسعون).

(٣) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٥/ ١٢٤): «فإن قلنا: لا يضمنه، فهل يضمن ثيابه وحليه؟ على وجهين: أحدهما: لا يضمنه؛ لأنه تبع له، وتحت يده أشبه ثياب الكبير.
والثاني: يضمنه؛ لأنه استولى عليه أشبه ما لو كان منفرداً ...».

(٤) في خدمة، أو خياطة، ونحو ذلك.

أَوْ حَبَسَهُ فَعَلَيْهِ أُجْرَتُهُ

وهي متقومة[١]، (أو حبسه) مدة لمثلها أجرة (**فعليه أجرته**)[٢]؛ لأنه فوت منفعته وهي مال يجوز أخذ العوض عنها[٣]، وإن منعه العمل من غير غصب أو حبس لم يضمن منافعه[٤].

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: لما علل به المؤلف.
أما الحنفية، فقالوا: بعدم ضمانها، بناء على أنها ليست بمال عندهم.
(المبسوط: ١١/٧٨، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣/٤٥٤، وروضة الطالبين: ٥/١٤، والمغني مع الشرح الكبير: ٥/٣٧٨).

(٢) وهذا هو المذهب، ووجه عند الشافعية؛ لما علل به المؤلف.
وعند الحنفية، والمالكية، والأصح عند الشافعية: أن منافع الحر لا تضمن بالفوات تحت اليد؛ لأنه لم يوجد من الغاصب إتلاف لمنافع الحر حيث لم يتصرف فيها، بل منافعه في يده كثياب بدنه، وكما لا يضمن ثياب بدنه بالحبس فكذلك لا يضمن منافعه. (المصادر السابقة).

(٣) كمنافع العبد.

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم.
لأنه لم يوجد من الغاصب إتلاف لمنافع الحر حيث لم يتصرف فيها، بل منافعه في يده كثياب بدنه، فكما لا يضمن ثياب بدنه بالحبس، فكذلك لا يضمن منافعه.
ولأن الحر لا يدخل تحت اليد، فكذلك منافعه.
والمصحح عند الشافعية، ووجه عند الحنابلة: أن منافع الحر تضمن بالفوات تحت اليد؛ لأنها مال يجوز أخذ العوض عنها، فضمنت بالغصب كمنافع العبد. =

وَيَلْزَمُ رَدُّ الـمَغْصُوبِ

(ويلـزم) غاصباً (رد المغصوب)[١] إن كان باقياً وقدر على رده؛

= (المبسوط: ١١/٧٨، وقواعد الأحكام: ١/١٥٥، والشرح الكبير وحاشيته: ٣/٤٥٤، والإنصاف: ٦/١٢٩، وكشاف القناع: ٤٤/١١٢).

(١) بالإجماع: قال ابن قدامة في المغني (٧/٣٦١): «... إذا ثبت هذا، فمن غصب شيئاً لزمه رده ما كان باقياً بغير خلاف نعلمه ...»

مسألة: ضمان منافع المغصوب.

اختلف العلماء رحمهم الله في ضمان منافع الأموال المغصوبة من العبيد والدواب والعقار هل هي مضمونة بالفوات والتفويت – أي سواء عطلها أو تصرف فيها – على قولين:

القـول الأول: أنها مضمونة على الغاصب بالفوات والتفويت، وهذا هو المذهب، وبه قال الشافعية، والظاهرية؛ لقوله تعالى: ﴿**فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ**﴾، ولحديث أن النبي ﷺ قال: «**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**» رواه أبو داود والترمذي وصححه وابن ماجه.

ولأن المنافع أموال متقومة حيث جعلها الشرع مالاً إذ جوز جعلها مهراً، وأجرى العقد عليها في الإجارة ونحوها.

وعند المالكية: لا يخلو الغصب من حالتين:

الأولـى: أن تكون نية الغاصب متجهة إلى غصب العين ذاتها، ويكون فوات منافعها تبعاً لذلك، فإن كان المغصوب عقاراً ضمن أجره إن انتفع به، فإن لم ينتفع به بل فوته لم يضمن، وإن كان منقولاً فكالعقار على المشهور، فلا يضمن المنافع لضمان الرقبة. =

. . . .

. . . .

= **الثانيـة**: أن تكون نية الغاصب متجهة إلى غصب المنافع فقط، فلا يريد غصب العين، وإنما يريد أن ينتفع بها مدة من الزمن، ففي هذه الحال يضمن سواء انتفع أم لا؛ لأن المنافع أموال متقومة فتضمن.

وعند الحنفية: عدم ضمان منافع المغصوب.

واستثنى المتأخرون: ما كان معداً للاستغلال، ومال اليتيم، والوقف فتضمن منافعه.

وحجة الحنفية: بقوله تعالى: ﴿**فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ**﴾ والمنافع ليس لها مثل في الصورة تضمن به عند فواتها.

ونوقش: بأن لها مثلاً في المعنى، وهو القيمة.

والحديث: «**الخراج بالضمان**» رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه، والنسائي وابن ماجه من حديث عائشة رضي الله عنها.

فالمغصوب لما كان في ضمان الغاصب إذ هو الذي التزم تسليمه بالغصب دون المالك، فكانت المنافع له دون المالك.

ونوقش هذا الاستدلال: أن هذا الحديث وارد في البيع، فلا يرد عليه الغاصب.

ولأن المنافع أعراض تحدث شيئاً فشيئاً، فلم يوجد تفويت يد المالك عن المنافع. (بدائع المبسوط: ١١/٧٨).

ونوقش: بأن التفويت كما يحصل بإزالة يد المالك يحصل بمنعه عن الاستفادة بملكه. =

. . . .

. . . .

لقوله ﷺ: **«لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لا لاعباً ولا جاداً، ومن أخذ عصا أخيه فليردها»**[(١)] رواه أبو داود.

= وعلى هذا فالأقرب قول الشافعية والحنابلة.

(اللباب: ٢/١٩٥، والهداية: ٤/٢٠، ومواهب الجليل مع التاج والإكليل: ٥/٢٨١، والأم: ٣/٢٥٤، ونهاية المحتاج: ٥/١٦٨، والإقناع: ٢/٣٥٢، والإنصاف: ٦/٢٠١).

(١) أخرجه أبو داود: (٥/٢٧٣) - الأدب - باب من يأخذ الشيء على المزاح - (ح ٥٠٠٣)، والترمذي: (٤/٤٦٢) - الفتن - باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلماً - (ح ٢١٦٠)، وأحمد: (٤/٢٢١)، والطيالسي في مسنده: (ص ١٨٤ - ح ١٣٠٢)، والبخاري في الأدب المفرد: (١/٣٣٦ - ح ٢٤١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار: (٤/٢٤٣) وفي مشكل الآثار: (٢/٢٤٣)، والطبراني في الكبير: (٧/١٧٢ - ح ٦٦٤١)، والحاكم: (٣/٦٣٧) - معرفة الصحابة -، والبيهقي: (٦/٩٢، ١٠٠)، والبغوي في شرح السنة: (١٠/٢٦٤ - ح ٢٥٧٢) - من طريق ابن أبي ذئب عن عبدالله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده يزيد بن الثائب.

وعزاه الزيلعي لابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه في مسنديهما. انظر: «نصب الراية»: (٤/١٦٨)، والحديث صحيح روي بطرق صحيحة إلى ابن أبي ذئب، وحسنه الترمذي والبيهقي. انظر «التلخيص الحبير»: (٣/٤٦).

. . . .

بِزِيَادَتِه، وَإِنْ غَرِمَ أَضْعَافَهُ،

وإن زاد لزمه رده (**بزيادته**) متصلة كانت أو منفصلة(١) لأنها من نماء المغصوب وهو لمالكه فلزمه رده كالأصل[١].

(**وإن غرم**) على رد المغصوب (**أضعافه**) لكونه بنى عليه أو بعد ونحوه(٢)(٣).

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو مذهب المالكية، والشافعية؛ لما علل به المؤلف.
وعند أبي حنيفة: لا يضمن الغاصب الزوائد المتصلة والمنفصلة، فإذا غصب جارية سمينة فهزلت عنده، أو ولدت فهلك ولدها من غير صنعه لم يضمن، للنصوص النافية للضمان كقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾.
(المبسوط: ١١/٥٣، والبناية شرح الهداية: ٨/٤٠٧، وبداية المجتهد: ٢/٣٦٦، وروضة الطالبين: ٥/٢٧، والمغني: ٧/٢٨٤).
والمتصلة كالسمن، وتعليم صنعة، أو منفصلة كالولد من بهيمة وكالكسب.

(٢) أي لكونه بنى على المغصوب كحجر أو خشبة قيمتها درهم مثلاً وبنى عليها واحتاج في ردها وإخراجها إلى خمسة دراهم، أو لكونه بعد المغصوب بأن حمل إلى بلدة بعيدة بحيث تكون أجرته أضعاف قيمته ونحو ذلك كحيوان انفلت بمكان يعسر مسكه فيه، ويحتاج إلى أجرة أضعاف قيمته فتلزم الغاصب لتعديه، وكان ضرر ذلك عليه، وإن انكسر الحجر، أو تلفت الخشبة وجبت القيمة.

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لحديث سعيد بن زيد رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**ليس لعرق ظالم حق**» رواه أبو داود والترمذي =

---

[١] في / ف. بلفظ: (الأصل).

وَإِنْ بَنَى فِي الأَرْضِ أَوْ غَرَسَ لَزِمَهُ القَلْعُ

(و [إن][١] **بنى في الأرض**) المغصوبة (**أو غرس لزمه القلع**)[٢] إذا طالبه المالك لذلك؛ لقوله ﷺ: «**ليس لعرق ظالم حق**»(١).

= وجسنه، ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**من وجد عين ماله عند رجل قد أفلس فهو أحق به**» متفق عليه.

وعند الحنفية: أنه إذا غصب ساجة وبنى عليها انقطع حق المالك ولزمه قيمتها؛ لقوله تعالى: ﴿**وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن مَّنَعَ مَسَاجِدَ اللَّهِ أَن يُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ وَسَعَىٰ فِي خَرَابِهَا...**﴾ وظاهر هذا أن من غصب ساجة وأدخلها في بناء المسجد لم يكن للمالك نقض البناء؛ لأن تخريب المسجد حرام.

(المبسوط: ١١/٩٣، والبناية شرح الهداية: ٣٧٨١٨، وروضة الطالبين: ٥/٥٤، والمبدع: ٥/١٥٧، ومطالب أولي النهى: ٤/١١).

(١) العرق الظالم: هو أن يجيء الرجل إلى أرض قد أحياها رجل قبله فيغرس فيها غرساً ليستوجب به الأرض. (النهاية في غريب الحديث: ٣/٢١٩)، والحديث أخرجه أبو داود: (٣/٤٥٤) - الخراج - باب في إحياء الموات - (ح ٣٠٧٣)، والترمذي: (٣/٦٥٣) - الأحكام - باب ما ذكر في إحياء أرض الموات - (ح ١٣٧٨)، وأبو يعلى: (٢/٢٥٢ - ح ٩٥٧)، وابن حزم في المحلى: (٨/١٣٦)، والبيهقي: (٦/٩٩، ١٤٢) - من طريق عبدالوهاب بن عبدالمجيد الثقفي عن أيوب السختياني، عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن عمرو بن نفيل مرفوعاً. =

---

[١] ساقط من / ف.

[٢] في / س، م، ف. بلفظ: (القطع).

وَأَرْشُ نَقْصِهَا وَتَسْوِيَتُهَا وَالأُجْرَةُ،

(و) لزمه (**أرش نقصها**) أي نقص الأرض (**وتسويتها**) لأنه ضرر حصل بفعله، (**والأجرة**)[1] ....

= الحديث صحيح، وصححه ابن حزم والسيوطي في الجامع الصغير: (٢ / ١٦١)، وحسنه الترمذي في جامعه وابن حجر في البلوغ: (ص ١٦٤)، وقال الحافظ في فتح الباري: (٥ / ١٠٩): «ولحديث عمرو بن عوف شاهد قوي أخرجه أبو داود من حديث سعيد بن زيد».
وللحديث شواهد أخرى عن عائشة وعبادة بن الصامت وعبدالله بن عمرو بن العاص، ذكرها الزيلعيُّ في نصب الراية: (٤ / ١٧٠).

(١) وهو هذا المذهب، ومذهب الشافعية: أن الغاصب إذا بنى أو غرس وطالبه المالك ألزم بهدم ما بناه، وقلع ما غرسه، وأرش النقض، وأجرة الأرض. لما استدل به المؤلف.
ولما روى الخلال بإسناده عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال: «**من بنى في رباع قوم بإذنهم فله القيمة، ومن بنى بغير إذنهم فله النقص**».
ولأن الغاصب قد استوفى بعض منافع الأرض، والمنافع مضمونة على الغاصب بالفوات والتفويت، فعليه الأجرة مقابل استيفائه منافع الأرض. (المغني: ٧ / ٣٦٥).
وعندالحنفية: يؤمر الغاصب بالقلع والردّ، فإن كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الأرض فعند الكرخيِّ يضمن الغاصب قيمة الأرض ولا يؤمر بقلع البناء؛ لقاعدة: الضرر الأشدُّ يزال بالأخف، والمفتى به عندهم: أنه يؤمر بالقلع سداً لباب الظلم. =

....

. . . .

أي أجرة مثلها إلى وقت التسليم[١]، وإن بذل ربها قيمة الغراس والبناء ليملكه لم يلزم الغاصب قبوله[٢] وله قعلها[٣]، وإن زرعها وردها بعد أخذ الزرع فهو للغاصب وعليه أجرتها[٤]، . . . .

= وعند المالكية: يخير المالك في أخذ الغراس أو البناء ودفع قيمته منقوضاً إن كان له قيمة بعد كونه منقوضاً، لا ما لا قيمة له، كتراب وجصٍّ ونحو ذلك. ويسقط من قيمة المنقوض أجرة الكلفة إن كان الغاصب شأنه لا يتولى ذلك، فيقال ما يساوي نقض هذا البناء أو الشجر لو نقض، فإذا قيل عشرة قيل: وما أجرة من يتولى الهدم وتسوية الأرض فإذا قيل أربعة غرم المالك للغاصب أربعة، وإن كان للغاصب أربعة، وإن كان الغاصب شأنه يتولى ذلك لم تسقط الأجرة وغرم المالك للغاصب عشرة.

أو يهدم ما بناه ويقلع غرسه مع تسوية الأرض.

(حاشية ابن عابدين ٦ / ١٩٢، والمدونة: ٥ / ٥٦٨، والشرح الصغير مع حاشيته: ٢ / ٢١٤، والأم: ٣ / ٢٥٥، والمهذب: ١ / ٤٨٨، وكشاف القناع: ٤ / ٨١).

(١) لتلف منافعها تحت يده العادية، وكذا لو لم ينتفع بها لزمته أجرتها.

(٢) لأن عين مال الغاصب، وإن اتفقا على التعويض جاز.

(٣) لأنهما ملكه ما لم الآلات والغرس من الأرض المغصوبة؛ لأن الجميع ملك المغصوب منه.

(٤) الغاصب إذا زرع في الأرض فله حالتان:

الأولى: أن يدرك المالك الأرض بعد حصاد الغاصب للزرع،فالزرع للغاصب. =

. . . .

. . . .

. . . .

= قال ابن قدامة: «لا نعلم فيه خلافاً».

لأنه نماء ملكه، وعليه الأجرة إلى وقت التسليم؛ لأنه استوفى منافع الأرض فوجب عليه عوض ذلك، ولأن المنفعة مال فوجب أن تضمن كالعين، وهذا هو المذهب.

ونقل حرب: حكمها حكم الزرع الذي لم يحصد - كما يأتي في الحالة الثانية - واختاره صاحب الفائق.

(المغني: ٧/٢٧٨، والإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥/١٣٤، والمبدع: ٥/١٥٥، ونيل الأوطار: ٧/٨٠).

الثانية: أن يدرك المالك الأرض، والزرع قائم لم يحصد.

فالمذهب: أن المالك لا يملك إجبار الغاصب على قلعه، وهو مخير بين تركه إلى الحصاد بأجرته، وبين أخذه بعوضه.

لما روى رافع بن خديج قال: قال رسول الله ﷺ: **«من زرع في أرض قوم بغير إذنهم، فليس له من الزرع شيء وله نفقته»** رواه أبو داود والترمذي وحسنه، وحسنه البخاري فيما نقل الترمذي، وابن ماجه، والبيهقي.

فدل الحديث: أن الزرع لمالك الأرض، وعليه النفقة للغاصب، وأن الغاصب لا يجبر على قلعه. (نيل الأوطار: ٧/٨٠).

ولأنه أمكن رد المغصوب إلى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب ... كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله، فأدخلها البحر، فإنه لا يجبر على رد المغصوب في اللجة.

وذهب بعض المالكية، والشافعية، وبعض الحنابلة: أن صاحب الأرض =

. . . .

. . . .

وإن كان الزرع قائماً فيها، خير ربها[١] بين تركه إلى الحصاد بأجرة مثله(١) وبين أخذه بنفقته(٢) وهي مثل بذره وعوض لواحقه(٣).

= يملك إجبار الغاصب على قلع الزرع، والزرع للغاصب، وعليه الأجرة واستدلوا بحديث: «**ليس لعرق ظالم حق**» وتقدم تخريجه قريباً.
ونوقش الاستدلال بهذا الحديث: بأنه وارد في الغرس الذي له عرق مستطيل في الأرض حيث أن مدته تطول، ولا يعلم من ينقطع من الأرض، فانتظاره يؤدي إلى ترك الأصل بالكلية.
فالأقرب: قول الحنابلة.
(القوانين لابن جزي: ص ٣٥٩، وروضة الطالبين: ٥/٤٦، والمغني: ٧/٣٧٩، والإنصاف: ٦/١٣١).

(١) فيأخذ من الغاصب أجرة الأرض، وأرش نقصها؛ لأنه شغلها بماله.

(٢) أي وبين أخذ المالك الزرع بنفقته يدفعها إلى الغاصب، ويكون له الزرع، كما يستحق الشفيع أخذ شجر المشتري بقيمته.

(٣) من حرث وسقي ونحوهما.
ورطبة، ونعناع، وبقول ونحوها مما يجز مرة بعد أخرى، أو يتكرر حمله، وباذنجان كزرع فيما تقدم.
وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٦٤): «ومن زرع بلا إذن شريكه، والعادة بأن من زرع فيها له نصيب معلوم ولربها نصيب قسم ما زرعه في نصيب شريكه كذلك، ولو طلب أحدهما من الآخر أن يزرع معه أو يهايئه فللأول الزرع في قدر حقه بلا أجرة».

---

[١] في / س. بلفظ: (ربه).

وَلَوْ غَصَبَ جَارِحاً أَوْ عَبْداً أَوْ فَرَساً فَحَصَلَ بِذَلِكَ صَيْدٌ فَلِمَالِكِهِ،

(**ولو غصب جارحاً أو عبداً أو فرساً**(١) **فحصل بذلك**) الجارح أو العبد أو الفرس (**صيد**(٢) **فلمالكه**) أي مالك الجارح ونحوه(٣)؛ لأنه بسبب ملكه فكان له(٤)، وكذا لو غصب شبكة، أو شركاً[١]. وصاد به ولا أجرة لذلك[٢](٥).

وكذا لو كسب العبد(٦) بخلاف ما لو غصب منجلاً(٧) وقطع به شجراً أو حشيشاً، فهو للغاصب لأنه آلة، فهو كالحبل يربط به.

---

(١) أو قوساً، أو سهماً.

(٢) أو غنم على الفرس ونحوه.

(٣) كالعبد والفرس، وغيرهما.

(٤) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المصنف.
وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥/ ١٦٤): «وقيل: هو للغاصب وعليه الأجرة، وهو احتمال في المغني، قال الحارثي: وهو قوي ... وقال الشيخ تقي الدين: يتوجه فيما إذا غصب فرساً وكسب عليه مالاً أن يجعل الكسب بين الغاصب ومالك الدآبة على قدر نفعهما بأن تقوم منفعة الراكب ومنفعة الفرس، ثم يقسم الصيد بينهما ...».

(٥) بناء على المذهب. قدمه الحارثي، وقال: هو الصحيح؛ لأن منافع المغصوب في هذه المدة عادت إلى المالك، فلم يستحق عوضها على غيره. والوجه الثاني: يلزمه. (المصدر السابق).

(٦) في الإنصاف (١٥/ ١٦٥): «صيد العبد المغصوب، وسائر أكسابه للسيد بلا نزاع، وفي لزوم أجرته مدة اصطياده الوجهان المتقدمان...».

(٧) في المطلع (ص ٣٨٥): «الآلة التي يحصد بها الحشيش والزرع، وميمه زائدة من النجل، وهو الرمي ...».

---

[١] في بعض المطبوعات زيادة: (أو فخًّا).   [٢] في / ف. بلفظ: (كذلك).

وَإِنْ ضَرَبَ الْمَصُوغَ وَنَسَجَ الغَزْلَ وَقَصَّرَ الثَّوْبَ أَوْ صَبَغَهُ وَنَجَرَ الْخَشَبَ وَنَحْوَهُ، أَوْ صَارَ الحَبُّ زَرْعاً، وَالبَيْضَةُ فَرْخاً، وَالنَّوَى غَرْساً، رَدَّهُ وَأَرْشَ نَقْصِهِ وَلاَ شَيْءَ لِلْغَاصِبِ،

(**وإن ضرب المصوغ**) المغصوب[1] (**ونسج الغزل**[2] **وقصر الثوب**[3] **أو صبغه ونجر الخشبة**) باباً (**ونحوه**[4]، **أو صار الحب زرعاً** و) صارت (**البيضة فرخاً**[5] و) صار (**النوى غرساً، رده وأرش نقصه**) إن نقص، (**ولا شيء للغاصب**) نظير عمله، ولو زاد بها لمغصوب[6]،

---

(١) أي ضرب الفضة دراهم، والحديد مسامير، ونحو ذلك.

(٢) جعله ثوباً مثلاً.

(٣) في المطلع (ص ٢٦٥): «القصار: ... الذي يبيض الثياب بالغسل والطبخ ونحوهما ...».

(٤) كرفوف.

(٥) بجعلها تحت دجاجة، أو بمعالجة.

(٦) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وعن الإمام أحمد: أن الغاصب يكون شريكاً في الزيادة، اختاره شيخ الإسلام؛لأنها حصلت بمنافعه.

وقيل: للغاصب أجرة عمله فقط إذا كانت الزيادة مثلها فصاعداً، أومأ إليه ابن أبي موسى.

وقال أبو بكر: يملكه وعليه قيمته قبل تغيره، وهو رواية نقلها محمد بن الحكم. (الإنصاف مع الشرح: ١٥ / ١٦٧).

وَيَلْزَمُهُ ضَمَانُ نَقْصِهِ،

لأنه تبرع في ملك غيره، وللمالك إجباره على إعادة ما أمكن رده إلى الحالة الأولى[٧]، كحلي ودراهم ونحوها.

(**ويلزمه**) أي الغاصب (**ضمان نقصه**)[٢] أي المغصوب ولو بنبات[١].

---

(١) هذه المسألة تنقسم إلى قسمين:

الأول: ما يمكن رده إلى الحالة الأولى كالحلي والأواني والدراهم فللمالك إجباره على الإعادة.

الثاني: ما لا يمكن رده إلى الحالة الأولى كالأبواب والفخار ونحوهما فليس للغاصب إفساده، ولا للمالك إجباره. (المصدر السابق).

(٢) وهذا هو المذهب؛ أنه إذا غير الغاصب صفة العين المغصوبة لزم رده، وعليه أرش نقصه، ولا شيء للغاصب فيما أضافه على المغصوب.

لأن العين المغصوبة ما زالت قائمة فلزم الغاصب ردها لصاحبها، وصار كما لو ذبح الغاصب الشاة ولم يشوها، ولأنه لو حصل التغيير بغير فعل آدمي لما زال ملك صاحبه عنه، فكذلك الأمر لو حصل بفعل آدمي.

وعند الحنفية:

(أ) إذا نقص المغصوب بسبب فوات جزء من أجزاء العين كالسمع واليد والأذن مضمون على جميع الأحوال .

(ب) أن يكون فوات وصف مرغوب فيه كحنطة عفنت، أو إناء فضة هشم فيضمن، وهذا في غير الأموال الربوية.

وأما في الأموال الربوية فيخير المالك بين أخذ العين المغصوبة من غير زيادة عليها، وبين تضمين الغاصب مثل المغصوب أو خلاف جنسه. =

---

[١] في /م ، ف. بلفظ: (نبات).

. . . .

. . . .

= (جـ) أن يكون النقص بفوات معنًى مرغوب فيه، كالعبد المحترف إذا نسي الحرفة في يد الغاصب فيجب الضمان إذا كان النقصان قليلاً، أما إذا كان كثيراً فيخيَّرُ المالك بين أخذه وتركه مع أخذ جميع قيمته.

(د) إذا تغيرت عين المغصوب وانقلبت من حال إلى حال كما لو صار العصير خلاًّ، أو العنب زبيباً، أو الرطب تمراً، يخير المغصوب منه بين أخذ عينه ولا شيء له، وإن شاء ضمن الغاصب مثل المغصوب.

(هـ) إذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب مما تسبب في زوال اسمها وأعظم منافعها فيتملك الغاصب العين، ويلزم بضمانها لصاحبها، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها: المثل إن كانت من المثليات، والقيمة إن كانت من القيميات، وذلك كمن غصب شاة فشواها، أو طبخها، أو دقيقاً فخبزه.

(و) إن استغل الغاصب المغصوب بأن كان عربة فأجراها ضمن نقصها.

وعند المالكية:

(أ) إذا حصل نقص في العين المغصوبة دون أن يؤثر ذلك على قيمة العين، فليس للمالك إلا ملكه؛ لعدم تضرره.

(ب) إذا تعيب المغصوب بيد الغاصب بسبب أمر سماوي فالمالك مخير بين أن يضمن الغاصب قيمة عينه يوم غصبها، أو يأخذها معيبة ولا شيء له، وإن كان العيب ناتجاً عن جناية متعمدة فالمالك مخير بين

. . . .

. . . .

. . . .

أخذ قيمة المغصوب يوم غصبه، أو أخذه مع أرش النقص.

وعند الشافعية: النقص الحادث في العين المغصوبة ضربان:

(أ) ما لا سراية له فيلزم الغاصب بأرش النقص ورد باقي أجزاء العين، ولا فرق بين أن تفوت معظم منافع المغصوب كقطع يدي العبد، أو لا تفوت، ولا بين أن يبطل بالجناية عليه الاسم الأول كذبح الشاة وطحن الحنطة، فالشاة تصبح لحماً، والحنطة دقيقاً، أو لا يبطل.

ولو أراد المغصوب منه ترك العين بيد الغاصب وتضمينه فليس له ذلك؛ لأن المغصوب عين ملكه، فليس له إلا أخذه مع الأرش.

(ب) ما له سراية إلى الهلاك كما لو ابتلت الحنطة بيد غاصبها، أو غصب سمناً وتمراً ودقيقاً فعمله حلوى، وما أشبه ذلك، فلهم أربعة أقوال:

أظهرها أن العين المغصوبة تعتبر كالهالكة، ويغرم الغاصب بدل المغصوب كله سواء كان مثليًّا أو قيميًّا.

والقول الثاني: يرد الغاصب العين مع أرش النقص، وليس للمالك إلا ذلك.

(ينظر: بدائع الصنائع: ٩ / ٤٤٢٢، ومجمع الضمانات: ص ١٣٣، وتبيين الحقائق: ٥ / ٢٢٥، وروضة الطالبين: ٥ / ٣١، ومغني المحتاج: ٢ / ٢٨٧، والإنصاف: ٦ / ١٩٦، وكشاف القناع: ٤ / ٩٠).

. . . .

وَإِنْ خَصَى الرَّقِيقَ رَدَّهُ مَعَ قِيمَتِهِ، وَمَا نَقَصَ بِسِعْرٍ لَمْ يُضْمَنْ،

لحية أَمرد، فيغرم ما نقص من قيمته، [١[وإن جنى عليه ضمنه بأكثر الأمرين، ما نقص من قيمته]١] وأرش الجناية(١)؛ لأن سبب كل واحد منهما قد وجد، فوجب أن يضمنه بأكثرهما.

(وإن خصى الرقيق رده مع قيمته) لأن الخصيتين يجب فيهما [كمال القيمة كما يجب فيهما][٢] كمال الدية من الحر(٢)، وكذا لو قطع منه ما فيه دية كيديه أو ذكره أو أنفه.

(وما نقص بسعر لم يضمن)(٣) لأنه رد العين بحالها لم ينقص منها

(١) أي يضمن الجاني أكثر الأمرين مما نقص من قيمة العبد المغصوب بالجناية أو أرش الجناية، وهذا هو المذهب.
وعنه: أنه يضمن بما نقص، اختارها الخلال وابن عقيل وشيخ الإسلام.
(الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥ / ١٨٠، والاختيارات: ص ١٦٣).
وإن كان الجاني غير الغاصب فضمنه المالك رجع على الجاني بأرش الجناية فقط، وما زاد استقر على الغاصب. وتقدمت بقية المذاهب قريباً.

(٢) ولو زادت قيمته بالخصاء، ولا يملكه الجاني؛ لأن المتلف البعض، والمضمون هو المفوت، فلا يزول الملك بالضمان.
وإن كان المغصوب دآبة ضمن ما نقص من قيمتها.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف.
كثوب يساوي مائة فغصبه ولم يرده حتى نقص سعره، فصار يساوي ثمانين. لأن نقص السعر ليس بنقصان المغصوب، بل لفتور يحدثه الله =

[١-١] ساقط من / ف. [٢] ساقط من / ش.

وَلاَ بِمَرَضٍ عَادَ بِبُرْئِهِ،

عين ولا صفة، فلم يلزمه شيء.

(ولا) يضمن نقصاً حصل **(بمرض)** إذا **(عاد)**[١] إلى حاله **(ببرئه)** من المرض لزوال موجب الضمان(١)، ....

= في قلوب العباد. (بدائع الصنائع ٧ / ١٥٥، ومنح الجليل ٣ / ٥٣٧، ومغني المحتاج ٢ / ٢٨٧).

و عند بعض أصحاب الشافعي وهو رواية عن الإمام أحمد وبه قال أبو ثور، واختاره شيخ الإسلام: أن الغاصب ملزم بضمان نقص السعر؛ لضرر المغصوب منه، ولأن السعر صفة في العين وقد فاتت. (المصادر السابقة، والاختيارات ص ١٦٣).

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥ /١٨٧): «وقال الحارثي بعد أن حكى الروايتين: وهذا كله ما لم يتصل التلف بالزيادة، فإن اتصل بأن غصب ما قيمته مائة فارتفع السعر إلى مائتين وتلفت العين ضمن المائتين وجهاً واحداً إذ الضمان معتبر بيوم التلف، وإن كان مثليًّا فالواجب المثل بلا خلاف ...». وهو قول الشافعية.

(١) وهذا هو المذهب، وبه قال الشافعية، وكذا لو نسي صنعة، ثم تعلمها، وهذا هو المذهب، والأصح عند الشافعية كما في المنهاج مع مغني المحتاج ٢ / ٢٩٠.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥ /١٨٧): «وحكى الحارثي وجهاً للشافعية بالضمان قال: وهو عندي قوي، بل أقوى، ورد أدلة الأصحاب، والظاهر أنه لم يطلع على ما ذكره صاحب الفروع من النص ...». وتقدمت بقية المذاهب قريباً.

---

[١] في / ف. بلفظ: (أعاد).

وَإِنْ عَادَ بِتَعْلِيمِ صَنْعَةٍ ضَمِنَ النَّقْصَ،

وكذا لو انقلع سنه ثم عاد(١)، فإن رد[١] المغصوب معيباً وزال عيبه في يد مالكه وكان أخذ الإرش، لم يلزمه رده(٢) لأنه استقر ضمانه برد المغصوب، وإن لم يأخذه لم يسقط ضمانه لذلك[٢](٣).

(**وإن عاد**) النقص (**بتعليم صنعة**)(٤)، كما لو غصب عبداً سميناً قيمته مائة فهزل فصار يساوي تسعين، وتعلم صنعة فزادت قيمته بها عشرة (**ضمن النقص**)(٥)؛ لأن الزيادة الثانية غير الأولى(٦)،

---

(١) لزوال النقص بعود السن عند الغاصب.

(٢) أي لم يلزم المالك رد الأرش المأخوذ من الغاصب، جزم به الموفق والشارح وغيرهما.

(٣) أي وإن لم يأخذ المالك الأرش من الغاصب، ثم زال العيب في يد المالك لم يسقط الأرش؛ لاستقراره بالرد بخلاف ما لو برئ قبل رده.
وفي الإنصاف مع الشرح (١٥/١٨٨): «وما يذكر من الاستقرار فغير مسلم، والصواب ـ إن شاء الله تعالى ـ الوجوب بقدر النقص الحادث في المدة، ويجب رد ما زاد إن كان ...».

(٤) بزيادة حاصلة من غير جنس الذاهب.

(٥) الحاصل بالهزال.

(٦) لأن ما ذهب لم يعد، بل حصلت صفة جديدة تكون للمالك، وجبر النقص لم يكن بزوال الناقص.
وهذا هو المذهب.
وقيل: لا يضمنه. (المصدر السابق).

---

[١] في / ط. بلفظ: (رده). [٢] في / ف. بلفظ: (كذلك).

وَإِنْ تَعَلَّمَ أَوْ سمن فَزَادَت قِيمَتُهُ ثُمَّ نَسِيَ أَوْ هَزَلَ فَنَقَصَتْ، ضَمِنَ الزِّيَادَةَ، كَمَا لَوْ عَادَتْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الأَولِ،

(**وإن تعلم**) صنعة زادت بها قيمته عند الغاصب (**أو سمن**) عنده (**فزادت قيمته ثم نسي**) الصنعة (**أو هزل فنقصت**) قيمته (**ضمن الزيادة**)(١) لأنها زيادة في نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها، كما لو طالب بردها فلم يفعل(٢) و (**كما لو عادت من [غير][١] جنس الأول[٢]**)(٣).

بأن[٣] غصب عبداً فسمن وصار يساوى مائة(٤) ثم هزل فصار يساوي تسعين(٥)فتعلم صنعة فصار يساوي مائة؛ ضمن نقص الهزال.

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الشافعية.

وعن الإمام أحمد: إن رده بعينه لم يلزمه شيء. (المصدر السابق، ومغني المحتاج ٢ / ٢٩٠).

(٢) أي كما لو طالبه برد العين حال تلك الزيادة، فلم يفعل الغاصب.

وتقدم كلام الأئمة في نقص المغصوب قريباً.

(٣) أي وكما لو عادت الزيادة في المغصوب من غير جنس النقص الأول، وهو يلزمه ضمانه؛ لأنه لم يعد ما ذهب.

(٤) بيد الغاصب.

(٥) بيد الغاصب.

---

[١] ساقط من / ف.

[٢] في / ط. بلفظ: (الأولى).

[٣] في / ظ. بلفظ: (فإن).

وَمِنْ جِنْسِهَا لاَ يَضْمَنُ إلاَّ أَكْثَرَهُمَا.

لأن الزيادة الثانية غير الأولى(١).

(و) إن كانت الزيادة الثانية **(من جنسها)** أي جنس الزيادة الأولى، كما لو نسي صنعة ثم تعلمها(٢) ولو صنعة(٣) بدل صنعة **(لا يضمن)**؛ لأن ما ذهب عاد [فهو][١] كما لو مرض ثم برئ(٤) **(إلا أكثرهما)** يعني إذا نسي صنعة وتعلم أخرى، وكانت الأولى أكثر؛ ضمن الفضل بينهما(٥)؛ لفواته وعدم عوده[٢]، وإن جنى المغصوب فعلى غاصبه

---

(١) وهذا هو المذهب.

وقيل: يسقط الضمان. (ينظر الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥/١٩٣).

وإن غصبه مفرطاً في السمن، ثم هزل فزادت قيمته، أو لم تنقص ولم تزد رده ولا شيء عليه؛ لعدم النقص، وبه قال الشافعية. (مغني المحتاج ٢/٢٩٠).

(٢) لأن العلم الثاني هو الأول، وتقدم قريباً.

(٣) كما لو تعم حدادة بدل خياطة ونحو ذلك؛ لأن الصنائع كلها جنس من أجناس الزيادة في الرقيق.

(٤) لزوال الموجب للضمان في يده، وتقدم قريباً.

(٥) كأن غصب عبداً كاتباً يساوي مائة، فنسيها، وصار يساوي ثمانين فتعلم الخياطة فصار يساوي تسعين.

---

[١] ساقط من / ش.

[٢] في / س. بلفظ: (عود).

....

أرش جنايته[١].

* * *

(١) إذا جنى العبد المغصوب فجنايته مضمونة على الغاصب؛ لأنه نقص في العبد الجاني؛ لكون الجناية تتعلق برقبته، وسواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال.

وفي الإنصاف مع الشرح (١٥ / ١٩٧): «إن جنى على غير سيده فعلى الغاصب أرش الجناية بلا نزاع ... وإن جنى على سيده فعلى الغاصب أيضاً أرش الجناية على الصحيح من المذهب.

وقيل: لا يضمن جنايته على سيده لتعلقها برقبته ...».

* * *

فَصْلٌ

وَإِنْ خُلِطَ بِمَا لاَ يَتَمَيَّزُ كَزَيْتٍ، أَوْ حِنْطَةٍ بِمِثْلِهِمَا،

فصل(١)

(وإن خلط) المغصوب بما يتميز، كحنطة بشعير، وتمر بزبيب؛ لزم الغاصب تخليصه، ورده، وأجرة ذلك عليه(٢)، و (بما لا يتميز، كزيت أو حنطة بمثلها[١]) لزمه مثله منه(٣)؛ لأنه مثلي، فيجب مثل مكيله،

---

(١) أي في حكم ما إذا خلط المغصوب، أو صبغه، أو أطعمه لمالكه، وفي حكمه إذا تلف وغير ذلك. (حاشية ابن قاسم: ٥/٣٩٦).

(٢) إذا خلط الغاصب أو غيره المغصوب فلا يخلو من أمرين:

الأول: أن يمكن تمييز بعضه من بعض كحنطة بشعير، أو تمر بزبيب، لزم الغاصب تخليص بعضه من بعض إن أمكن، ورده إلى مالكه، والأجرة على الغاصب؛ لأنه بسبب تعديه.

(٣) الثاني: ألا يمكن تمييز بعضهما من بعض كزيت بمثله، فالمذهب: أنه يلزمه مثله منه؛ لما علل به المؤلف.

وعند الشافعية: أنه يكون كالهالك، فالغاصب يغرم للمغصوب منه من غير المخلوط، وله أن يعطيه من المخلوط إن خلطه بمثله، أو أجود منه، لا أردأ؛ لأنه دون حقه، إلا برضاه.

وعن الإمام أحمد، وبه قال بعض الشافعية: أنهما يشتركان اختاره ابن حامد وابن قدامة وصاحب الشرح الكبير؛ لأنه قدر على دفع بعض ماله إليه مع ردِّ المثل في الباقي، فلم ينتقل إلى المثل في الجميع، كما لو =

---

[١] في / م، ط. وبعض المطبوعات بلفظ: (بمثلهما).

أَوْ صَبَغَ

وبدونه أو خير منه[1] أو بغير جنسه، كزيت بشيرج[2] فهما شريكان بقدر ملكيهما[3]، فيباع ويعطى كل واحد قدر حصته[4]، وإن نقص المغصوب عن قيمته منفرداً ضمنه الغاصب[5]، (أو صبغ) الغاصب

= غصب صاعاً فتلف بعضه، وذلك لأنه إذا دفع إليه منه فقد دفع إليه بعض ماله وبدل الباقي، فكان أولى من دفعه من غيره.

(مغني المحتاج ٢ / ٢٩٢، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥ / ٢٠٢).

(١) من جنسه.

(٢) ودقيق حنطة بدقيق شعير.

(٣) وهذا هو المذهب.

وقال القاضي: قياس المذهب: أنه يلزم الغاصب مثله؛ لأنه صار بالخلط مستهلكاً. (المصدر السابق).

(٤) وفي الاختيارات (ص١٦٢): قال أبو العباس: سئلت عن قوم أخذت لهم غنم أو غيرها من المال، ثم ردت عليهم أو بعضها، وقد اشتبه ملك بعضهم ببعض؟ قال: فأجبت: أنه إن عرف قدر المال تحقيقاً قسم الموجود عليهم على قدره، وإن لم يعرف إلا عدده قسم على قدر العدد؛ لأن المالين إذا اختلطا قسما بينهم، وإن كان كل واحد منهم يأخذ عين ما كان للآخر، لأن الاختلاط جعلهم شركاء....

وعلى هذا: فسواء اختلطت غنم أحدهما بالآخر عمداً أو خطأ يقسم المالان على العدد إذا لم يعرف الرجحان، وإن عرف وجهل قدره أثبت منه القدر المتيقن، وأسقط الزائد المشكوك فيه لأن الأصل عدمه»ا.هـ.

(٥) لأنه حصل بفعله.

. . . .

الثَّوْبَ أَوْلَتَّ سَوِيقاً بِدُهْنٍ، أَوْ عَكْسِه وَلَمْ تَنْقُصِ القِيمَةُ وَلَمْ تَزِدْ فَهُمَا شَرِيكَانِ بِقَدْرِ مَالَيْهِمَا فِيهِ، وَإِنْ نَقَصَتِ القِيمَةُ ضَمِنَهَا، وَإِنْ زَادَتْ قِيمَةُ أَحَدِهِمَا فَلِصَاحِبِهِ،

(**الثوب أولت سويقاً**) مغصوباً (**بدهن**) من زيت أو نحوه[1] (**أو عكسه**) بأن غصب دهناً ولت به سويقًا (**ولم تنقص القيمة**) أي قيمة المغصوب، (**ولم تزد، فهما شريكان بقدر ماليهما فيه**)[2] لأن اجتماع الملكين يقتضي الاشتراك[3]، فيباع ويوزع الثمن على القيمتين[4].

(**وإن نقصت القيمة**) في المغصوب (**ضمنها**) الغاصب لتعديه[5]، (**وإن زادت قيمة أحدهما فلصاحبه**) أي لصاحب الملك الذي زادت

---

(١) من مال الغاصب.

(٢) في الإنصاف مع الشرح (١٥/ ٢٠٧): « فائدة: وإن غصب ثوباً فصبغه أو سويقاً فلته بزيت فنقصت قيمتها، أو قيمة أحدهما ضمن النقص، وإن لم تنقص ولم تزد، أو زادت قيمتها فهما شريكان بقدر ماليهما، وإن زادت قيمة أحدهما فالزيادة لصاحبه، هذه الجملة لا خلاف فيها ..».
وذلك مثل أن تكون قيمة كل واحد منهما خمسة، فصارت قيمتهما بعد الصبغ عشرة.
وعند الحنفية: إذا لت سويقاً يخير المالك إن شاء ضمنه مثل السويق، وإن شاء أخذ الملتوت وغرم مثل السمن. (حاشية ابن عابدين ٥/ ١٣٦).

(٣) ولأن الصبغ والزيت عين مال له قيمة فاقتضى الاشتراك.

(٤) قيمة الثوب وقيمة الصبغ، أو قيمة السويق وقيمة الزيت، ونحو ذلك.

(٥) كما لو أتلفه أو بعضه.

وَلاَ يُجْبَرُ مَنْ أَبَى قَلعَ الصَّبْغِ،

قيمته؛ لأنها تبع للأصل[١].

(ولا يجبر من أبى قلع الصبغ) إذا طلبه صاحبه[٢]، . . . .

---

(١) فإن كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب، وإن كان لزيادة الصبغ كانت الزيادة لصاحب الصبغ، وإن كانت لزيادتهما معاً فبينهما.

وإن زاد بالعمل فالزيادة بينهما؛ لأن عمل الغاصب زاد به في الثوب والصبغ، وما عمله في المغصوب للمغصوب منه إذا كان أثراً، وزيادة مال الغاصب له. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥ / ٢٠٩).

(٢) فلو أراد صاحب الصبغ قلعه، أو أراد ذلك صاحب الثوب لم يجبر الآخر عليه؛ لأن فيه إتلافاً لملكه.

وإن أراد المالك بيع الثوب فله ذلك، وله تملكه بقيمته.

وعند الحنفية: أن الغاصب إذا صبغ الثوب أن المالك مخير إن شاء ضمنه قيمة الثوب دون الصبغ، وإن شاء أخذ المصبوغ وغرم الزيادة الحاصلة بسبب الصبغ.

وعند الشافعية: إن أمكن فصل الصبغ أجبر عليه الغاصب في الأصح قياساً على الغراس والبناء، ولو تركه الغاصب للمالك لم يجبر على قبوله في أصح الوجهين، ولو رضي المالك بإبقائه كان للغاصب الفصل، وإذا تراضيا على الإبقاء فهما شريكان.

وإن كان لا يمكن فصله، فإن لم تزد قيمة المغصوب فلا شيء للغاصب، وإن زادت اشتركا، وإن نقصت لزمه الأرش.

(حاشية ابن عابدين ٦ / باب الغصب، ومغني المحتاج ٢ / ٢٩٢).

. . . .

وَلَوْ قُلِعَ غَرْسُ الـمُشْتَرِي أَوْ بِنَاؤُهُ لاِسْتِحْقَاقِ الأَرْضِ رَجَعَ عَلَى بَائِعِهَا بِالغَرَامَةِ ،

وإن وهب الصبغ لمالك الثوب لزمه قبوله[١].

(**ولو قلع غرس المشتري أو بناؤه لاستحقاق الأرض**) أي لخروج الأرض مستحقة للغير[٢] (**رجع**) الغارس أو الباني إذا لم يعلم بالحال (**على بائعها بالغرامة**)[٣] له؛ لأنه غره وأوهمه أنها ملكه ببيعها له.

---

(١) والضابط: أن هبة الأوصاف والمعاني يجب قبولها على المذهب.
ومثل ذلك: صبغ الدار، ونسج الغزل، وعمل حديد أواني ونحو ذلك؛ لأن ذلك من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه.
والوجه الثاني: لا يجبر على قبوله؛ لأنها أعيان متميزة فأشبهت الغراس.
(الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/٢١٣).

(٢) فالمذهب: أن للمالك قلع الغرس والبناء من غير ضمان النقص، ولا الأخذ بالقيمة.
وعن الإمام أحمد: لا يقلع، بل يأخذه بقيمته، قال ابن رجب: هذا الصحيح، ولا يثبت عن أحمد سواه.
وعنه رواية أخرى: لرب الأرض قلعه إن ضمن نقصه، ثم يرجع به على البائع.
(قواعد ابن رجب، القاعدة السابعة والسبعون، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/٢٤٢).

(٣) في الإنصاف: «وهذا بلا نزاع على القول بجواز القلع ...»
وفي الشرح: «لأنه ببيعه إياه غرَّهُ وأوهمه أنها ملكه، وكان ذلك سبباً في بنائه وغرسه فرجع عليه بما غرمه عليها كرجوعه بما أعطاه من ثمنها ...».

. . . .

وَإِنْ أَطْعَمَهُ لِعَالِمٍ بِغَصْبِهِ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ، وَعَكْسُهُ بِعَكْسِهِ،

(**وإن أطعمه**) الغاصب (**لعالم بغصبه فالضمان عليه**)[١]؛ لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه من غير تغرير[٢]، وللمالك تضمين الغاصب؛ لأنه حال بينه وبين ماله[٣]، وقرار الضمان على الآكل[٤]، (**وعكسه بعكسه**) فإن أطعمه لغير عالم فقرار الضمان على الغاصب؛ لأنه غرّ الآكل[٥]،

---

(١) أي على الآكل، وفي الإنصاف مع الشرح (١٥/٢٤٣): «وهذا بلا نزاع».

(٢) أي على الآكل، وكذا أكله بلا إذنه.

(٣) وله تضمين الآكل؛ لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه، وقبضه من يد ضامنه بغير إذن مالكه.

(٤) وذلك أن المالك إن ضمن الغاصب رجع الغاصب على الآكل، وإن ضمن المالك الآكل لم يرجع الآكل على أحد.

(٥) والمذهب: ولو لم يقل الغاصب: كله فإنه طعامي؛ لأن الظاهر أن الإنسان إنما يتصرف فيما يملكه، وقد أكله على أنه لا يضمنه فاستقر الضمان على الغاصب لتغريره، ولم يحرم علي الآكل؛ لأنه لم يعلم بغصبه.

والوجه الثاني: أنه إذا لم يقل هو طعامي، بل قال: كل، يستقر على الآكل، وهو قول أبي حنيفة، والشافعي؛ لأنه ضمن ما أتلف، فلم يرجع به على أحد.

(ينظر: المغني: ٧/٤١٩، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/٢٤٦).

وَإِنْ أَطْعَمَهُ لِمَالِكِه أَوْ رَهَنَهُ أَوْ أَوْدَعَهُ

(وإن أطعمه) الغاصب (لمالكه(١) أو رهنه[١]) لمالكه (أو أودعه)

---

(١) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥ / ٢٤٥): «اعلم أنه إذا أطعمه لمالكه فأكله عالماً أنه طعامه برئ غاصبه، وكذا لو أكله بلا إذنه، فإن لم يعلم وقال له الغاصب: كله فإنه طعامي لم يبرأ الغاصب أيضاً، وإن لم يقل ذلك بل قدمه إليه، وقال: كله، فجزم المصنف - ابن قدامه - أنه لا يبرأ ... وهو المذهب ... قال المصنف وتبعه الشارح: ويتخرج أن يبرأ بناء على ما إذا أطعمه لأجنبي .. فإنه يستقر الضمان على الآكل في أحد الوجهين».

قال ابن القيم في إعلام الموقعين (٣ / ٣١٩): «ومن الحيل الباطلة إذا غصبه طعاماً، ثم أراد أن يبرأ منه، ولا يعلمه به، فليدعه إلى داره، ثم يقدم له ذلك الطعام، فإذا أكله برئ الغاصب، وهذه الحيلة باطلة، فإنه لم يملكه إياه ولا مكنه من التصرف فيه، فلم يكن بذلك راداً لعين ماله إليه».

وقال أيضاً: «لو أهداه إليه فقبله وتصرف فيه، وهو لا يعلم أنه ماله، فإن خاف من إعلامه ضرراً يلحقه منه برئ بذلك، وإن لم يخف ضرراً إنما أراد المنة عليه ونحو ذلك لم يبرأ، لا سيما إذا كافأه على الهدية فقبل، فهذا لا يبرأ قطعاً».

وفي الإنصاف مع الشرح (١٥ / ٢٤٥): «نص - أي الإمام أحمد - في رجل له عند رجل تبِعةٌ فأوصلها إليه على أنها صلة أو هدية ولم يعلم كيف هذا؟».

وإن أخذه المالك بقرض، أو شراء، أو هبة، أو هدية، أو صدقة، أو إباحة ولم يعلم لم يبرأ. =

---

[١] في / ف. بلفظ: (رهنه).

أَوْ آجَرَهُ إِيَّاهُ لَمْ يَبْرَأْ إِلاَّ أَنْ يَعْلَمَ، وَيَبْرأُ بِإِعَارَتِهِ،

لمالكه، (**أو آجره إياه لم يبرأ**) الغاصب[١] (**إلا أن يعلم**) المالك أنه ملكه فيبرأ الغاصب؛ لأنه حينئذ يملك التصرف فيه على حسب اختياره، وكذا لو استأجره الغاصب على قصارته وخياطته[٢].

(**ويبرأ**) الغاصب (**بإعارته**) المغصوب لمالكه من ضمان عينه علم أنه ملكه أو لم يعلم[٣]؛ لأنه دخل على أنه مضمون عليه[٤]،

= وقال المجد: وإن باعه منه برئ قولاً واحداً؛ لأن قبض المبيع مضمون على المشتري.

(١) لأنه لم يعد إلى سلطانه، إنما قبضه على أنه أمانة، وهذا هو المذهب.
وقال أبو الخطاب: يبرأ؛ لأنه رده إلى يده وسلطانه.
قال في الشرح: «والأول أولى؛ فإنه لو أباحه أكله فأكله لم يبرأ فههنا أولى».
(الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/ ٢٤٨).

(٢) إلا أن يعلم أنه ملكه.

(٣) وهذا هو المذهب؛ لأن العارية توجب الضمان على المستعير، فلو وجب الضمان على الغاصب رجع به على المستعير، ولا فائدة في وجوب شيء عليه يرجع به على من وجب له.
وقيل: إذا لم يعلم لم يبرأ جزم به في التلخيص، قال الحارثي: ومقتضى النص الضمان. (المصدر السابق).

(٤) أي المغصوب المعار، وإن جهل غصبه؛ لأن العارية مضمونة - على المذهب - مطلقاً، ولو وجب على الغاصب ضمان قيمتها لرجع به على المستعير، فلا فائدة في تضمينه شيئاً يرجع به على من ضمنه له.
وعلى القول بأن العارية ليست مضمونة، فلا ضمان على المستعير إلا مع التعدي أو التفريط.

. . . .

والأيدي المترتبة على يد الغاصب كلها أيدي ضمان(١)، فإن علم

---

(١) الأيدي المترتبة على يد الغاصب:

يد غاصب الغاصب، ويد المشتري من الغاصب، ويد المستأجر منه، ويد وديعة، ويد الشريك له، ويد المضارب له في المال المغصوب، ويد المرتهن منه، ويد المزارع له، ويد المساقي له، ويد القابض منه على وجه السوم، وكذلك كل يد لا تستند إلى إذن من المالك أو إذن من الشارع، سواء كانت هذه اليد في الأصل يد أمانة أم يد ضمان.

وعند الحنفية: إذا رد الغاصب المغصوب على الغاضب الأول يبرأ عن ضمانه، كما لو هلك المغصوب في يد غاصب الغاصب فأدى القيمة إلى الغاصب أيضاً، لقيام القيمة مقام العين إذا كان قبضه القيمة معروفاً بقضاء أو بينة أو تصديق المالك، لا بإقرار الغاصب، إلا في حقِّ نفسه وغاصبه.

إذا غصب شيئاً ثم غصبه آخر منه فأراد المالك أن يأخذ بعض الضمان من الأول وبعضه من الثاني له ذلك، والمالك بالخيار في تضمين أيهما شاء، وإذا اختار تضمين أحدهما لم يملك تركه، وتضمين الآخر. وقيل: يملك.

وفي الفتاوى الهندية: إن ضمن الأول رجع على الثاني بما ضمن، وإن ضمن الثاني لا يرجع على الأول.

وإذا وهب الغاصب المغصوب، أو تصدق به، أو أعاره وهلك في أيديهم وضمنوا للمالك لا يرجعون بما ضمنوا للمالك على الغاصب؛ لأنهم كانوا عاملين في القبض لأنفسهم بخلاف المرتهن والمستأجر والمودع، فإنهم يرجعون بما ضمنوا على الغاصب؛ لأنهم عملوا له، والمشترى إذا ضمن =

. . . .

. . . .

. . . .

= قيمته يرجع بالثمن على الغاصب البائع؛ لأن ردَّ القيمة كردِّ العين. (الدر المختار وحاشيته ٦ / ١٨٢).

وعندالمالكية: إذا باع الغاصب المغصوب، فللمالك إمضاء البيع، ويتبع المالك الغاصب بالثمن إن قبضه وكان ملياً، وإلا اتبع المشتري.

إذا أعتق المشتري من الغاصب العبد فللمالك نقض عتق المشتري وإجازته.

إذا أتلف المشتري من الغاصب المغصوب عمداً كأن أكله، أو ذبح الحيوان فيضمن المشتري وإن لم يعلم بالغصب؛ وللمالك تضمين أيهما شاء، فإن ضمن الغاصب فلا يرجع على المشتري، وإن ضمن المشتري رجع على الغاصب.

إذا تلف المغصوب بآفة سماوية فلا يضمن المشتري من الغاصب إذا لم يكن عالماً بالغصب.

إذا وهب الغاصب العين المغصوبة أو ورثت عنه فإن علما بالغصب فهما كالغاصب في الضمان فيتبع المستحق أيهما شاء، ومثلهما المشتري إن علم، وإن لم يعلما بالغصب بدئ بالغاصب في الغرم فيرجع المالك على التركة في الموت، وعلى الغاصب في الهبة بالقيمة، ومثل المثلي. (الشرح الكبير للدردير ٣ / ٤٥٧).

وعندالشافعية: أن كل يد ترتبت على يد الغاصب، فهي يد ضمان، فيتخير المالك عند التلف بين مطالبة الغاصب ومن ترتبت يده على يده، سواء علم المغصوب أم لا؛ لأنه أثبت يده على مال غيره بغير إذنه، فالجهل ليس مسقطاً للضمان. ثم الثاني إن علم بالغصب، فهو غاصب =

. . . .

. . . .

. . . .

= من الغاصب، فيطالب بكل ما يطالب به الغاصب، وإن تلف المغصوب في يده، فقرار الضمان عليه، فإذا غرم لا يرجع على الأول، وإذا غرم الأول رجع عليه، هذا إذا لم تختلف قيمته في يدهما، أو كانت في يد الثاني أكثر، فلو كانت في يد الأول أكثر، لم يطالب بالزيادة إلا الأول وتستقر عليه.

أما إذا جهل الثاني الغصب، فإن كانت اليد في وضعها يد ضمان كالعارية، استقر الضمان على الثاني. وإن كانت يد أمانة كالوديعة، استقر على الغاصب على المذهب. وفي وجه: يستقر على المودع. وفي وجه: لا يطالب المودع أصلاً، وقد سبق بيان هذا الفصل في أواخر الباب الثالث من كتاب الرهن بزيادة على هذا، والقرض معدود من أيدي الضمان. ولو وهب المغصوب، فهل القرار على الغاصب لأنها ليست يد ضمان، أم على المتهب لأنه أخذه للتملك؟ قولان: أظهرهما: الثاني. (روضة الطالبين ٥ / ٩).

وعند الحنابلة:

(أ) إذا أجر الغاصب العين المغصوبة، فالإجارة باطلة كالبيع، وللمالك تضمين أيهما شاء أجر مثلها، فإن ضمن المستأجر لم يرجع بشيء؛ لأنه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة، إلا أن يزيد أجر المثل على المسمى في العقد فيرجع بالزيادة ويسقط عنه المسمى في العقد، ولو دفعه إلى الغاصب، فله حق الرجوع به. =

. . . .

. . . .

. . . .

= وفيما لو تلفت العين المستأجرة بيد المستأجر، فلصاحبها تغريم من شاء منهما قيمة العين المؤجرة، فإن غرم المستأجر، فإما أن يكون عالماً بالغصب أو لا، فإن كان جاهلاً به، فله الرجوع بما دفع على الغاصب «لأنه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل له بدل في مقابلة ما غرم».

وإن كان على علم بالغصب، فلا يحق له الرجوع بشيء على أحد؛ لأنه دخل على علم بالأمر وحصل التلف في يده، فاستقر الضمان عليه. فإن غرم الغاصب الأجر والقيمة، رجع بالأجر على المستأجر، سواء كان الأخير عالماً بالغصب أوجاهلاً به، ويرجع بالقيمة إن كان المستأجر عالماً بالغصب، وإلا فلا.

(ب) إذا أودع الغاصب العين المغصوبة أو وكل رجلاً في بيعها ودفعها إليه فتلفت في يد المودع أو الوكيل، فلمالك العين تضمين أيهما شاء، أما الغاصب، فلأنه كان السبب في الحيلولة بين المالك وملكه وأثبت اليد العادية عليه.

والمستودع والوكيل لإثبات كل منهما يده على ملك معصوم بغير حق، وإن غرّم الغاصب وكانا يجهلان الغصب، استقر الضمان على الغاصب ولا يحق له الرجوع على أحد بشيء.

أما لو غرّم المودع والوكيل، فلهما حق الرجوع على الغاصب بما غرما من القيمة والأجر؛ لأنهما دخلا على ألا يضمنا شيئاً من ذلك، كما أنه لم يحصل لهما بدل عما ضمناه. =

. . . .

. . . .

. . . .

= وفي حالة علمهما بالغصب، فالضمان يستقر عليهما، لتلف العين تحت أيديهما من غير تغرير بهما، فلا يرجعان بما غرما على أحد، وإن غرم الغاصب رجع عليهما، لما قلنا من تلف العين المغصوبة في أيدهما.

(جـ) إذا أعار الغاصب العين المغصوبة فتلفت بيد المستعير، فللمغصوب منه تضمين من شاء منهما أجرها وقيمتها، فإن غرم المستعير وكان علم بالغصب، لم يرجع على أحد، وإن غرم الغاصب رجع على المستعير.

أما لو جهل المستعير الغصب فغرمه المالك، فليس له حق الرجوع بقيمة العين؛ لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه ولو أنه غرم أجر العين بالإضافة إلى قيمتها، ففي جواز رجوعه بما دفع من الأجر رأيان، **أحدهما** يقضي بحقه في الرجوع على الغاصب؛ لأنه استعار العين على أن منافعها له غير مضمونة عليه.

والرأي الثاني: لا يجيز له الرجوع.

(د) إذا وهب الغاصب الشيء المغصوب فتلف بيد الموهوب له، فإن كان عالماً بالغصب، فالضمان يستقر عليه؛ لأن العين قد هلكت وهي تحت يده، ولم يغره أحد. أما لو جهل الغصب وغرمه العين، فله حق الرجوع على الواهب بما غرم؛ لأنه قد غرّه في ذلك.

(انظر الإنصاف: ٦ / ١٧١، ومنتهى الإرادات: ١ / ٥١٥، وكشاف القناع: ٤ / ١١٣). =

. . . .

. . . .

الثاني فقرار الضمان عليه[١] وإلا فعلى الأول، إلا ما دخل الثاني على أنه مضمون عليه، فيستقر عليه ضمانه[٢].

= وإذا باع الغاصب العين المغوصبة ففي المذهب ثلاثة أقوال:

أحدها: يقضي بفساد البيع، لأن الغاصب لا يملك بيع مال غيره دون إذن منه.

والثاني: أن البيع صحيح ويقف على إجازة المالك، وتصرف الغاصب في هذه الحالة كتصرف الفضولي.

والقول الثالث: صحة البيع ونفاذه؛ لأن الغاصب في الظاهر تتطاول مدته، فلو لم يصح تصرف الغاصب لأدى ذلك إلى إلحاق الضرر بالمالك والمشتري؛ لأن المالك لا يملك الثمن، والمشتري لا يملك العين. وبذلك يلحق الضرر بالاثنين.

وفي الإنصاف: «وإن باع الغاصب العين المغصوبة أو وهبها لشخص آخر فإن كان المشتري أو الموهوب له عالماً بالغصبُ، فتلفت بيد أي منهما، فللمالك تضمين أيهما شاء، فإن ضمن الغاصب رجع على من استهلكت العين بيده وإن ضمن المستهلك لا يرجع على الغاصب بما ضمن.

أما لو جهل القابض للعين بالغصب، فضمنها للمغصوب منه، رجع على الغاصب بما ضمن؛ لأنه غره بذلك.

(١) لتعديه على ما يعلمه ملك غيره بغير إذن مالكه.

(٢) كالعارية على المذهب؛ لأنها مضمونة، وكالغاصب من الغاصب.

. . . .

وَمَا تَلَفَ أَوْ تَعَيَّبَ مِنْ مَغْصُوبٍ مِثْلِيٍّ

(وما تلف) أو أتلف [من][١] مغصوب **(أو تعيب)** ولم[٢] يمكن رده، كعبد أبق و[٣]فرس شرد **(من مغصوب مثلي)** وهو كل مكيل(١) أو موزون(٢) لا صناعة فيه مباحة يصلح السلم فيه(٣).

---

(١) من حب وثمر، ومائع ونحوها.

(٢) من حديد ونحاس، ورصاص، وحرير وقطن، ونحوها.

(٣) أي لا صناعة في مكيل نحو هريسة، ولا صناعة في موزون نحو أوان، ونحوها مباحة تلك الصناعة فإنه يضمن بقيمته؛ لأن الصناعة تؤثر فيه، والقيمة فيه أخص.

وقوله: «مباحة» أخرجت الصناعة المحرمة كحلي الرجال، وأواني الذهب والفضة فتضمن بوزنها؛ لتحريم صناعتها.

وقوله: «يصح السلم فيه» أخرج ما لا يصح فيه مما لا تنضبط صفاته كجوهر ونحوه، ففيه قيمته.

وعند الحنفية: المثلي: هو ما يتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به، وله نظير في الأسواق.

والقيمي: وهو ما يتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به،أو لا تتفاوت، ولكن لا نظير لها في مجال التجارة» (شرح مرشد الحيران: ص ٢).

وفي القواعد والأصول الجامعة للسعدي (ص ٦٥): «اختلف العلماء =

---

[١] ساقط من / ف.

[٢] في / ط بزيادة لفظ (ولو).

[٣] في / ش بلفظ: (أو فرس).

غَرِمَ مِثْلَهُ إِذاً،

(**غرم مثله إذا**)[١] لأنه لما تعذر ردّ العين لزمه رد ما يقوم مقامها، والمثل أقرب إليه من القيمة[٢]، وينبغي أن يستثنى منه الماء في المفازة، فإنه يضمن بقيمته في مكانه[٣]، ذكره في «المبدع»[٤].

= ما هي المثليات؟ فقيل: إنها المكيلات والموزونات فقط، والمتقومات ما عداها، وقيل: إن المثليات ما كان له مثل أو مشابه أو مقارن، وهو الصحيح؛ لأنه ﷺ: «**استقرض بعيراً وقضى خيراً منه، ولأنه ضمن أم المؤمنين حين كسرت صحفة أم المؤمنين الأخرى فأعطتها صفحتها الصحيحة، وقال: إناء بإناء، وطعام بطعام**» رواه أبو داود والترمذي وصححه».

(١) حيث أمكن رد مثله؛ لقوله تعالى: ﴿**وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا**﴾، وقال تعالى: ﴿**فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ**﴾.
وفي المغني (٧/٣٦٢): «قال ابن عبدالبر: كل مطعوم من مأكول، أو مشروب فمجمع على أنه يجب على مستهلكه قيمته لا مثله ..».
قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٦٥): «ويضمن المغصوب بمثله مكيلاً أو موزوناً أو غيرهما حيث أمكن، وإلا فالقيمة، وهو المذهب عند ابن أبي موسى، وقاله طائفة من العلماء».

(٢) لمماثلته له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى، بخلاف القيمة فإنها تماثل من طريق الظن والاجتهاد.

(٣) مع أن الماء مثلي لكونه مكيلاً؛ لتفاوت الأحوال، وتعتبر القيمة يوم أتلفه بالمفازة.

(٤) ٥/١٨٠.

وَإِلاَّ فَقِيمَتُهُ يَوْمَ تَعَذُّرِهِ، وَيَضْمَنُ غَيْرَ المِثْلِيِّ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ تَلَفِهِ،

(**وإلا**) يمكن رد مثل المثلى لإعوازه (**فقيمته يوم تعذر**[١])(١)؛ لأنه وقت استحقاق الطلب بالمثل فاعتبرت القيمة إذاً (**ويضمن غير المثلي**) إذا تلف أو (**بقيمته يوم تلفه**)(٢) في بلده من نقده(٣)..........

---

(١) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وعن الإمام أحمد: تلزمه قيمته يوم تلفه.

وقال القاضي: يضمنه بقيمته يوم القبض يعني يوم قبض البدل.

وقيل: الأكثر من قيمته يوم البدل، أو قيمته يوم التلف.

(الإنصاف مع الشرح: ١٥/٢٥٦).

(٢) وهذا هو المذهب. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/٢٦٢).

وفي المغني (٧/٥٠٤): «ويتخرج أن يضمنه بقيمته يوم غصبه، وهو قول أبي حنيفة ومالك وروي عن أحمد؛ لأنه فوته عليه بغصبه فكان عليه قيمة ما فوت عليه حين فوته..».

(٣) أي بلد غصبه، من نقد بلد الغصب؛ لأنه موضع الضمان ومقتضى التعدي، فإن تعدد نقد البلد فمن غالبه رواجاً.

---

[١] في / ف بلفظ (تعذره)، وفي / هـ بلفظ: (تعد).

....

أو غالبه لقوله ـ عليه السلام ـ: «**من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه**»[١][٢]، ولو أخذ حوائج من بقال ونحوه في أيام ثم يحاسبه، فإنه يعطيه بسعر يوم

---

(١) فأمر بالتقويم في حصة الشريك؛ لأنها متلفة بالعتق، ولم يأمره بالمثل، وهذا هو المذهب. (المصدر السابق).

وعن الإمام أحمد: يضمن بمثله، واختاره شيخ الإسلام، ففي الاختيارات (ص ١٦٥): «ويضمن المغصوب بمثله مكيلاً أو موزوناً أو غيرهما حيث أمكن، وإلا فالقيمة، وهو المذهب عند ابن أبي موسى، وقاله طائفة من العلماء، وإذا تغير السعر وفقد المثل فينتقل إلى القيمة وقت الغصب وهو أرجح الأقوال، ولو شق ثوب شخص خير مالكه بين تضمين الشاق نقصه، وبين شق ثوبه، ونقله إسماعيل الشالنجي عن أحمد ...».

وفي مجموع الفتاوى (٣٠/٣٣٣): «... ولا ريب أن ضمان المال بجنسه مع اعتبار القيمة أقرب إلى العدل من ضمانه بغير جنسه، وهو الدراهم والدنانير مع اعتبار القيمة، فإن القيمة معتبرة في الموضعين، والجنس مختص بأحدهما، ولا ريب أن الأغراض متعلقة بالجنس».

(٢) أخرجه البخاري: (٣/١١١، ١١٣) - الشركة - باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل، وباب الشركة في الرقيق، (٣/١١٧، ١١٨) - العتق - باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء، مسلم: (٣/١٢٨٦-١٢٨٧) - الأيمان - (ح ٤٧-٥١) من حديث عبدالله ابن عمر رضي الله عنهما.

....

وَإِنْ تَخَمَّرَ عَصِيرٌ فَالْمِثْلُ، فَإِنِ انْقَلَبَ خَلاً دَفَعَهُ

أخذه(١)، وإن تلف بعض المغصوب فنقصت قيمة باقيه[١] كزوجي خف تلف أحدهما(٢) رد الباقي وقيمة التالف[٢] وأرش نقصه(٣).

(وإن تخمر عصير) مغصوب **(فـ)** على الغاصب **(المثل)**(٤)؛ لأن ماليته زالت تحت يده، كما لو أتلفه، **(فإن انقلب**[٣] **خلاً دفعه)**

---

(١) إذا لم يقطع السعر، فإنه يعطيه قيمته بسعر يوم أخذه؛ لأنه ثبتت قيمته في ذمته يوم أخذه، لتراضيهما على ذلك، ولم يجب المثل في المثلي، ومقتضاه صحة البيع بثمن المثل، وهو اختيار شيخ الإسلام وتقدم في شروط صحة البيع.

(٢) وكل شيئين ينقصهما التفرق.

(٣) وهذا هو المذهب؛ لأنه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كما لو غصب ثوباً فشقه، ثم تلف أحد الشقين فإنه يلزمه رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص إن نقص.

وقيل: لا يلزمه أرش النقص، قال الحارثي: «وهذا الوجه لا أصل له، ولوهائه أعرض عنه غير واحد من الأصحاب مع الاطلاع على إيراد أبي الخطاب له. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥ / ٢٧٠).

(٤) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

والوجه الثاني: يلزمه قيمته، وفي الإنصاف: «قال الحارثي: وليس بجيد، قلت: وهو بعيد جداً؛ لأن له مثلاً» (الإنصاف مع الشرح: ١٥ / ٢٧٦).

---

[١] في / س بلفظ: (قيمته). [٢] في / ق. بلفظ: (التلف).

[٣] في / ط، ف، م بلفظ: (انقلبت).

وَمَعَهُ نَقْصُ قِيمَتِهِ عَصِيراً.

لمالكه لأنه عين ملكه[١]، (و) دفع (**معه نقص قيمته**)(١) حين كان (**عصيراً**) إن نقص؛ لأنه نقص حصل تحت يده(٢)، ويسترجع الغاصب ما أداه بدلاً عنه(٣)، وإذا كان المغصوب مما جرت العادة بإجارته(٤) لزم الغاصب أجرة مثله مدة، بقائه بيده استوفى المنافع أو تركها تذهب(٥).

---

(١) وهذا المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وفي الإنصاف: «وقال في عيون المسائل: لا يلزمه قيمة العصير؛ لأن الخل عينه، كحمل صار كبشاً، وقال الحارثي: وللشافعية وجه يملكه الغاصب، وهو الأقوى ونصره بأدلة . .» (المصادر السابقة).

(٢) كتلف جزء منه، وكما لو نقص بلا تخمر.

(٣) أي ويسترجع الغاصب إذا رد الخل وأرش نقص العصير ما أداه بدلاً عن العصير، وهو المثل الذي دفعه لمالكه؛ كما لو أدى قيمة الآبق، ثم قدر عليه ورده لربه.

(٤) كرقيق، ودواب، وسفن.

(٥) فتضمن منافعه بالفوات والتفويت، وتقدم بحث هذه المسألة عند قول المؤلف: «ويلزم غاصباً رد مغصوب . . .».

وفي الإنصاف مع الشرح (١٥ / ٢٨٠): «فائدتان: **إحداهما**: لو كان العبد ذا صنائع لزمه أجرة أعلاها فقط. **الثانية**: منافع المقبوض بعقد فاسد كمنافع المغصوب تضمن بالفوات والتفويت».

لأن المنفعة مال متقوم فوجب ضمانها كالعين، وإن تلف المغصوب فعليه أجرته إلى وقت تلفه، وتقدم بحث ضمان منافع المغصوب عند قول المؤلف: «ويلزم غاصباً رد مغصوب».

---

[١] في / س بلفظ: (مالكه).

فصل

وَتَصَرُّفَاتُ الغَاصِبِ الحُكْمِيَّةُ بَاطِلَةٌ،

بـاب الغَصب[١]

(وتصرفات الغاصب الحكمية) أي التي لها حكم من صحة وفساد كالحج والطهارة ونحوها[٢]، والبيع والإجارة والنكاح ونحوها (باطلة) لعدم

---

(١) أي في حكم تصرفات الغاصب، والإتلافات وضمانها وما يتعلق بذلك. (حاشية ابن قاسم: ٥/٤٠٩).

(٢) أي من سائر العبادات التي تتعلق بمغصوب.

في الإنصاف مع الشرح (٥/٢٨٣): «تنبيهان: أحدهما: بنى المصنف في «المغني» وجماعة، تصرف الغاصب، على تصرف الفضولي، فأثبت فيه ما في تصرف الفضولي، من رواية الانعقاد موقوفاً على إجازة المالك.

قال الحارثي: ومن متأخري الأصحاب من جعل هذه التصرفات من نفس تصرفات الفضولي. قال: وليس بشيء. ثم قال: ولا يصح إلحاقه بالفضولي. وفرق بينهما بفروق جيدة.

الثاني: هذا الخلاف المحكي في أصل المسألة من حيث الجملة، وقد قسمها المصنف قسمين: عبادات، وعقود. فالعبادات فيها مسائل؛ منها، الوضوء بماء مغصوب، والوضوء من إناء مغصوب، وغسل النجاسة بماء مغصوب، وستر العورة بثوب مغصوب، والصلاة في موضع مغصوب. وقد تقدم ذلك مستوفى في كتاب الطهارة، والآنية، وإزالة النجاسة، وستر العورة، واجتناب النجاسة. ومنها، الحج بمال مغصوب،

. . . .

- -

. . . .

كما قال المصنف، والصحيح من المذهب أنه لا يصح. وقيل: عنه، يُجزئه مع الكراهة. قاله ابن أبي موسى. واختاره ابن عقيل. قال الحارثي: وهو أقوى. قلت: وهو الصواب، فيجب بدل المال ديناً في ذمته. ومنها، الهديُ المغصوب لا يجزئُ. صرَّح به الأصحاب. وعنه: الصحةُ موقوفةٌ على إجازة المالك. ونص الإمام أحمد على الفرق بين أن يعلم أنها لغيره، فلا يجزئه، وبين أن يظن أنها لنفسه، فيجزئه، قال في «الفائدة العشرين»: ولا يصحُ. وإن كان الثمن مغصوباً، لم يُجزئه أيضاً؛ اشتراه بالعين، أو في الذمة. قاله الحارثي. قلتُ: لو قيل بالإجزاء إذا اشتراه في الذمة، لكان مُتجهاً. ومنها، لو أوقع الطواف، أو السعي، أو الوقوف على الدآبة المغصوبة، ففي الصحة روايتا الصلاة في البقعة المغصوبة. قاله الحارثي. قلت: النفس تميلُ إلى صحة الوقوف على الدآبة المغصوبة. ومنها أداءُ المال المغصوب في الزكاة غير مجزئٍ. قال الحارثي: ثم إن أبا الخطاب صرح بجريان الخلاف في الزكاة، وتبعه المصنف في «المغني»، فإن أريد به ما ذكرنا من أداء المغصوب عن الغاصب، وهو الصحيح، فهذا شيء لا يقبل نزاعاً ألبتة؛ وإن أريد به الأداءُ عن المالك، بأن أخرج عنه من النصاب المغصوب، وهو بعيدٌ جداًّ، فإن الواقع من التصرف للعبادة إنما يكون عن الغاصب نفسه، فلا يُقبل أيضاً، ومنها: كل صدقة؛ من كفارة، أو نذر، أو غيرهما، كالزكاة سواءً. ومنها: عتق المغصوب لا ينفذ، بلا خلاف في المذهب. ومنها: الوقف لا ينفذ في المغصوب، قولاً

. . . .

. . . .

. . . .

واحداً. لكن لو كان ثمن المعتق أو الموقوف مغصوباً؛ فإن اشترى بعين المال لم ينفذ، وإن اشترى في الذمة، ثم نقده، فإن قيل بعدم إفادة الملك، لم ينفذ، وإن قيل بالإفادة، نفذ العتق والوقف. قاله الحارثي. وأما العقود؛ من البيع، والإجازة، والنكاح، ونحوها، فالعقد باطلٌ. على الصحيح من المذهب، ونص عليه. وعليه الأصحاب. وتقدم حكاية الرواية بالصحة، والكلام عليها، والرواية بالوقف على الإجازة.

تنبيه: قوله: وتصرفات الغاصب الحُكمية. أي التي يُحكم عليها بصحة أو فساد. احترازاً من غير الحُكمية، كإتلاف المغصوب؛ كأكله الطعام، أو إشعاله الشمع، ونحوهما، وكلبسه الثوب، ونحوه، فإن هذا لا يُقال فيه صحيح ولا فاسد، والله أعلم. قال ابن نصر الله في «حواشي الفروع»: وقوله: الحُكمية: احترازٌ من التصرفات الصورية. فالحكمية؛ ما له حكم من صحة وفساد، كالبيع، والهبة، والوقف، ونحوه. والصورية: كطحن الحب، ونسج الغزل، ونجر الخشب، ونحوه. انتهى. وهو كالذي قبله.

قوله: وإن اتجر بالدراهم، فالربح لمالكها. يعني إذا اتجر بعين المال، أو بثمن الأعيان المغصوبة، فالمال وربحه لمالكها. وهذا الصحيح من المذهب.... وقال الحارثي: ويتخرج من القول ببطلان التصرف رواية بعدم الملك للربح وهو الأقوى، وعن الإمام أحمد: يتصدق به، وقيل: لا يصح بعينه إن قلنا: النقود تتعين بالتعيين» ا.هـ.

. . . .

وَالقَوْلُ فِيْ قِيمَةِ التَّالِفِ أَوْ قَدْرِهِ

إذن المالك، وإن اتجر بالمغصوب فالربح لمالكه[١]، (والقول في قيمة التالف) قول الغاصب؛ لأنه غارم، (أو قدره) أي قدر المغصوب[٢]،

---

(١) وهذا هو المذهب، وبه قال الإمام مالك والخسارة يتحملها الغاصب؛ لأنها نقص في العين المغصوبة.
وعند الحنفية: إن دخلت العين المغصوبة في ضمان الغاصب بأن تعيبت بسبب الاستعمال فالربح بسبب التجارة يتصدق به عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف يدخل في ملك الغاصب.
وإن كانت العين لم تدخل في ضمان الغاصب بأن كانت قائمة لم يطرأ عليها نقص فيتصدق بالربح قولاً واحداً.
وعند الشافعية: إذا غصب مبلغاً من النقود واشترى سلعة في الذمة وسدد ثمنها من المال المغصوب وربح في ذلك؛ فالقول القديم: أن الربح للمغصوب منه، وفي الجديد: الربح للغاصب.
وعند شيخ الإسلام: يجعل ا لربح بينهما كما لو كانا شركين شركة مضاربة؛ لورود ذلك عن عمر رضي الله عنه لما أقرض أبو موسى رضي الله عنه ابني عمر من مال الفيء فجعل عمر الربح بينهما مناصفة بينهما وبين المسلمين.
(تبيين الحقائق: ٥/٢٢٥، وشرح الخرشي: ٦/١٤٣، والمهذب: ١/٣٧٠، والمبدع: ٥/١٨٧، ومجموع الفتاوى: ٣٠/٣٢٣).
(٢) إذا حصل الإنكار في قدر المغصوب، كأن يقول المغصوب منه: غصبت مني ثوبين، فينكر الغاصب ويقول: ثوباً واحداً، فالقول قول الغاصب مع يمينه؛ لأن الأصل براءة الذمة من الزيادة، ولأن الغاصب منكر، والقول =

أَوْ صِفَتِه قَوْلُهُ وَفِي رَدِّهِ وَعَدَمِ عَيْبِهِ

(**أو صفته**) بأن قال: غصبتني عبداً كاتباً، وقال الغاصب: لم يكن كاتباً، [قبل][١] (**قوله**) أي قول الغاصب كما تقدم(١).

(و) القول (**في رده**(٢) **أو تعيبه**(٣)) بأن قال الغاصب: كانت فيه

= قول المنكر مع يمينه.

(بدائع الصنائع: ٧/١٦٣، والذخيرة: ٨/٣٠٣، وحاشية الشيرواني على تحفة المحتاج: ٦/٢٠، والمبدع: ٥/١٨٨).

إلا مع وجود قرينة يظهر بها قول المغصوب منه، أو كان هناك بينة عمل بها.

(١) من قوله: القول في قيمة التالف قول الغاصب؛ لأنه غارم.

(٢) إذا ادَّعى الغاصب رد العين المغصوبة إلى مالكها، وأنكر المالك الرد، فالقول قول المالك مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الرد، واشتغال ذمة الغاصب. وهذا باتفاق الأئمة.

(بدائع الصنائع: ٧/١٦٤، ومنح الجليل: ٧/٨٠، وروضة الطالبين: ٥/٣٠، ومعونة أولى النهى: ٥/٣٥٤).

(٣) إذا ادعى الغاصب أن العين المغصوبة معيبة، وأنكر المالك كونها ذلك؛ فالمذهب وهو قول جمهور أهل العلم: أن القول قول المالك؛ لما علل به المؤلف.

وعند المالكية: أن القول قول الغاصب إن شهدت له الحال، وإلا فالقول قول المالك؛ لأن القرينة قد ترجِّح قول الغاصب، والقرائن معتبرة شرعاً. (المصادر السابقة).

---

[١] ساقط من جميع النسخ ما عدا / ز.

قَوْلُ رَبِّهِ، وَإِنْ جَهِلَ رَبَّهُ

أصبع زائدة أو نحوها[١]، وأنكر مالكه [قبل][٢] **(قول ربه)**؛ لأن الأصل عدم الرد والعيب، وإن شاهدت[٣] البينة[٤] المغصوب معيباً(١)، وقال الغاصب: كان معيباً وقت غصبه، وقال المالك: تعيب عندك، قدم قول الغاصب؛ لأنه غارم(٢).

(وإن جهل) [الغاصب][٥] **(ربه)** أي رب المغصوب، سلمه إلى الحاكم(٣)،

---

(١) يعني عند الغاصب، أو اتفقا على أنه كان معيباً.

(٢) والقول قول الغارم بيمينه مع عدم البينة، ولأن الظاهر أن الصفة لم تتغير والأصل براءة الذمة، إلا مع وجود قرينة.

(٣) إذا كان أهلاً، وفي الإنصاف (١٥ / ٢٩٣): «بلا نزاع، ويجوز له الصدقة بها عنهم بشرط ضمانها، ويسقط عنه إثم الغصب على الصحيح من المذهب».

وقال ابن رجب في القاعدة (٩٧): «لم يذكر أصحابنا فيه خلافاً».

وقال في القاعدة (١٠٦): «ويتصدَّق بها عنه على الصحيح».

وفي الإنصاف: «نقل المرُّوذي: يعجبني الصدقة بها». =

---

[١] في / م، ف بلفظ: (ونحوه).

[٢] ساقط من جميع النسخ ما عدا / ز، وفي / ط بلفظ: (فقول ربه).

[٣] في / ف، م بلفظ: (شهدت).

[٤] في / ز، وبعض المطبوعات بلفظ: (إن المغصوب كان معيباً).

[٥] ساقط من س/ ، وفي / ظ بلفظ: (غاصب).

تَصَدَّقَ بِهِ عَنْهُ مَضْمُوناً،

فبرئ من عهدته ويلزمه تسليمه أو [١] **(تصدق به عنه مضموناً)** أي بنية ضمانه إن جاء ربه[٢]، فإذا تصدق به كان ثوابه لربه وسقط عنه إثم الغصب[٣].

= وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٦٥) : «ومن كانت عنده غصوب وودائع وغيرها لا يعرف أربابها صرفت في المصالح، وقال العلماء: ولو تصدق بها جاز، وله الأكل منها ولو كان غاصباً إذا تاب وكان فقيراً».

وقال في مجموع الفتاوى (٣٢٧/٣٠) : «وإن عرف أن في ماله حلالاً مملوكاً وحراماً لا يعرف مالكه، وعرف قدره فإنه يقسم المال على قدر الحلال والحرام، فيأخذ قدر الحلال، وأما الحرام فيتصدق به عن أصحابه، كما يفعل من عنده أموال مجهولة الملاك، من غصوب وعواري وودائع، فإن جمهور العلماء كمالك وأبي حنيفة وأحمد وغيرهم يقولون: إنه يتصدق بها، وهذا المأثور في مثل ذلك عن أصحاب رسول الله ﷺ - فإن عمر رضي الله عنه أخذ نصف أموال عماله على الشام ومصر والعراق لما رأى اختلاط أموالهم بشيء من أموال المسلمين - وإن لم يعرف مقدار الحلال والحرام فإنه يجعل المال نصفين، يأخذ لنفسه نصفه، والنصف الثاني يوصله إلى أصحابه إن عرفهم، وإلا تصدق به».

(١) ولا يحتاج إلى إذن حاكم.

(٢) لأن الصدقة بها عنهم بدون ضمان إضاعة لها لا إلى بدل.

(٣) لأنه معذور بعجزه عن الرد لجهله بالمالك.

وَمَنْ أَتْلَفَ مُحْتَرَماً، أَوْ فَتَحَ قَفَصاً، أَوْ بَاباً،

وكذا حكم رهن ووديعة ونحوها(١) إذا جهل ربها، وليس لمن هي عنده أخذ شيء منها ولو كان فقيراً(٢).

(**ومن أتلف**) لغيره مالاً (**محترما**) بغير إذن ربه ضمنه؛ لأنه فوته عليه(٣) (**أو فتح قفصًا**) عن[١] طائر فطار ضمنه، (**أو**) فتح (**باباً**)

---

(١) لما في ذلك من الجمع بين مصلحة القابض بتبرئة ذمته، والمالك بتحصيل الثواب له.

(٢) وفي الإنصاف (١٥/ ٢٩٥): «نصَّ عليه - أي الإمام أحمد - وخرج القاضي جواز الأكل منها إذا كان فقيراً على الروايتين في شراء الوصي من نفسه نقله عنه ابن عقيل، وأفتى به الشيخ تقي الدين إذا تاب.

تنبيه: ظاهر قوله: لا يعرف أربابها: أنه لا يتصدق بها إلا مع عدم معرفة أربابها سواء كان قليلاً أو كثيراً، وهو المذهب.

ونقل الأثرم: له الصدقة بها إذا علم ربها، وشق دفعها إليه، وهو يسير كحبة».

(٣) وفي الشرح الكبير: «لا نعلم فيه خلافاً».

وفي الإنصاف: «سواء كان عمداً أو سهواً، ومفهومه أن غير المحترم لا يضمنه كمال الحربي والصائل، والعبد في حال قطعه الطريق ونحوه، وهو كذلك».

---

[١] في / م، ف بلفظ: (من).

أَوْ حَلَّ وِكَاءً أَوْ رِبَاطاً أَوْ قَيْداً فَذَهَبَ مَا فِيه، أَوْ أَتْلَفَ شَيْئاً وَنَحْوَهُ

فضاع ما كان مغلقاً بسببه، (**أو حل وكاء**[١]) زق[٢] مائع أو جامد فأذابته الشمس أو ألقته ريح فاندفق ضمنه[٣] (**أو**) حل (**رباطًا**) عن فرس[٤] (**أو**) حل (**قيداً**) عن مقيد[٥].

(**فذهب ما فيه أو أتلف**) ما فيه (**شيئاً**[٦] **ونحوه**) أي نحو ما ذكره

---

(١) في المصباح (٢ / ٦٧٠): «الوكاء مثل: كتاب حبل يشد به رأس القربة».

(٢) في المصباح (١ / ٢٥٤): «الزق بالكسر الظرف».

(٣) أي أو ألقت الزق بعد حله ريح ضمنه المتعدي؛ لأنه تلف بسببه.

(٤) أو سفينة مربوطة.

(٥) كأسير.

قال ابن هبيرة في الإفصاح (٢ / ٣٢): «واختلفوا فيما إذا فتح القفص عن الطائر فطار، أو حل عقال البعير فشرد، فقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه على كل وجه، وقال مالك وأحمد: عليه الضمان سواء خرج عقيبه أو متراخياً، وعن الشافعي قولان: القديم: لا ضمان عليه مطلقاً، وفي الجديد: إن طار عقيب الفتح وجب الضمان، وإن وقف ثم طار لم يضمن».

(الفتاوى الهندية: ٦ / ٥٤).

(٦) أي أو أتلف الطائر أو الفرس ونحوه شيئاً كأن كسر إناء، أو قتل إنساناً، أو أتلف مالاً، أو أتلف الدآبة التي حلها زرعاً أو غيره، أو انحدرت السفينة التي حلها فأتلفت شيئاً ضمنه لحصول التلف بسبب فعله.

. . . .

ضَمِنَهُ، وَإِنْ رَبَطَ دَابَّةً بِطَرِيْقٍ ضَيِّقٍ فَعَثَرَ بِهِ إِنْسَانٌ ضَمِنَ،

(ضمنه) لأنه تلف بسبب فعله، **(وإن ربط دآبة بطريق [ضيق]**[1] **فعثر به إنسان)**(١) أو أتلف شيئاً **(ضمن)** لتعدِّيه بالربط، ومثله لو ترك في

---

(١) في الإنصاف مع الشرح (١٥/٣٠٣): «شمل مسألتين:
إحداهما: أن يكون الطريق ضيقاً فيضمن ما أتلف . . .
والمسألة الثانية: أن يكون الطريق واسعة، فظاهر ما قطع به المصنف هنا: أنه يضمن . . .
وهو مذهب الشافعية؛ لأن الارتفاق به مشروط بسلامة العاقبة، وهو ظاهر قول المالكية.
والرواية الثانية: لا يضمن إذا لم تكن في يده . . . وقال القاضي: ظاهر كلام أحمد: أنه لا يضمن إذا كان واقفاً لحاجة، والطريق واسع، قال الحارثي: وهو الأقوى نظراً» ا.هـ.
وروي عن النبي ﷺ من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه أنه قال: «**من وقف دآبة في سبيل المسلمين، أو في سوق من أسواقهم فوطئت بيدٍ أو رجل فهو ضامن**» رواه الدارقطني والبيهقي (٨/٣٤٤) وضعفه.
وعند الحنفية: إن كانت الدآبة في طريق المسلمين واقفة أوقفها صاحبها فهو ضامن مطلقاً وإن كانت سائرة ولم يكن صاحبها معها، فإن سارت بإرسال صاحبها فصاحبها ضامن ما دامت تسير في وجهها، فإن عطفت يميناً أو شمالاً ولم يكن لها طريق إلا ذلك فالضمان على المرسل، وإن كان لها طريق آخر لم يضمن . . . .
(الفتاوى الهندية: ٦/٥١، وحاشية الدسوقي: ٢/٢٤٣ ومغني المحتاج: ٤/٢٠٦).

---

[١] ساقط من / س.

كَالْكَلْبِ العَقُورِ لِمَنْ دَخَلَ بَيْتَهُ بِإِذْنِهِ، أَوْ عَقَرَهُ خَارِجَ مَنْزِلِهِ

الطريق طيناً أو خشبة أو حجراً(١) أو كيس دراهم، أو أسند خشبة إلى حائط(٢)، (كـ) ما يضمن مقتني (**الكلب العقور لمن دخل بيته بإذنه أو عقره خارج**) منزله؛ لأنه متعدٍّ باقتنائه(٣)، فإن دخل[١] منزله بغير إذنه لم يضمنه؛ لأنه متعدٍّ بالدخول(٤)، وإن أتلف العقور شيئاً بغير العقر،

---

(١) أي لا لمصلحة كمن جعلها في نحو مطر ليمر الناس عليها.

(٢) ولو كان مائلاً للسقوط فعثر بالخشبة إنسان، أو تلف به شيء ضمن لحصول التلف بتعديه.

(٣) وإن كان موثوقاً لم يضمن ما عقره، كما لو كان عنده من غير اقتناء ولا اختيار.

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية: أنه يضمن مقتني الكلب العقور ما يتلفه بالعقر، وأما ما يتلفه لغير العقر، كما لو ولغ في إناء أو بال، فلا ضمان؛ لأن هذا لا يختص بالكلب العقور.
وعند الحنفية: ضمان ما يتلفه الحيوان الخطر من مال أو نفس إذا وجد من مالكه إشلاء، أو إغراء، أو إرسال، وهو قول أبي يوسف، وهو المفتى به خلافاً لأبي حنيفة.
وعند المالكية: إذا اتخذ الكلب العقور بقصد قتل إنسان معين وقتله فالقود، وإن قتل غير المعين فالدية، وكذلك إن اتخذه لقتل غير معين وقتل شخصاً فالدية أنذر أم لا، وإن اتخذه لوجه جائز فالدية إن تقدم له إنذار قبل القتل وإلا فلا شيء عليه، وإن اتخذه لا لوجه جائز ضمن ما أتلف،=

---

[١] في / م بلفظ: (فإن خل).

. . . .

كما لو ولغ أو بال في إناء إنسان فلا ضمان؛ لأن هذا لا يختص[١] بالعقور، وحكم أسد ونمر وذئب وهر تأكل الطيور وتقلب القدور في العادة حكم كل عقور(١)، وله قتل هر بأكل لحم(٢) ونحوه والفواسق(٣)، وإن حفر في فنائه بئراً لنفسه ضمن ما تلف بها، وإن

= تقدم له فيه إنذار أم لا حيث عرف أنه عقور، وإلا لم يضمن؛ لأن فعله حينئذ كفعل العجماء.

(بدائع الصنائع: ٧/٢٧٣، وجامع الفصولين: ٢/٨٥، وحاشية الدسوقي: ٤/٢٤٤، وشرح المحلي على المنهاج: ٤/٢١٣، وكشاف القناع: ٤/١٢٠).

(١) في ضمان ما أتلف؛ لأنه متعد باقتنائه، فإن لم يكن له عادة بذلك فلا ضمان. (الإنصاف مع الشرح: ١٥/٣٠٨).

(٢) وهذا هو المذهب.

وقال في الفصول: له قتلها حين أكلها، واقتصر عليه الحارثي ونصره.

وقال في الترغيب: له قتلها إذا لم تندفع إلا به كالصائل. (المصدر السابق).

(٣) لما روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «**خمس فواسق يقتلن في الحلّ والحرم: العقرب، والحِدَأة، والغراب الأبقع، والفأرة، والكلب العقور**». متفق عليه.

---

[١] في / ف بلفظ: (لا يخصُّ العقر)، وفي / م بلفظ: (لا يخصُّ العقود)، وفي / هـ. بلفظ: (لا يختص العقول).

....

حفرها لنفع المسلمين بلا ضرر في سابلة لم يضمن ما تلف بها[١]؛ لأنه محسن[٢]، وإن مال حائطه ولم يهدمه حتى أتلف شيئاً لم يضمنه؛

---

(١) أي وإن حفر شخص في فناء داره، وهو ما كان خارج داره قريباً منها - بئراً لنفسه يختص بها ضمن ما تلف بالبئر، وكذا البناء في فنائه؛ لأنه تلف حصل بسبب تعديه وهذا هو المذهب.

وجوز بعض الأصحاب: حفر بئر لنفسه في فنائه بإذن الإمام، ذكره القاضي، قال الشيخ تقي الدين: نقلته من خطه في مسألة حدثت في زمنه. (المصدر السابق).

قال ابن رجب في القاعدة (٨٨): «وفي الأحكام السلطانية: له التصرف في فنائه بما شاء من حفر وغيره إذا لم يضر.

وقال شيخ الإسلام: «ومن لم يسد بئره سداً يمنع من الضرر ضمن ما تلف بها». (الإنصاف مع الشرح: ١٥ / ٣١١).

(٢) وما على المحسنين من سبيل، وهذا هو المذهب.

وفي الإنصاف (١٥ / ٣١٢): «وقيد في الوجيز: إن كانت السايلة واسعة، وهو قيد حسن.

وعن الإمام أحمد: أنه يضمن، قال الحارثي: وهذا له قوة.

وعن الإمام أحمد: لا يضمن إن كان بإذن الإمام، وإلا ضمن.

ومحل الخلاف: إذا كان السايلة واسعة فإن كانت ضيقة ضمن بلا نزاع... ومحل الخلاف أيضاً: إذا حفر في غير مكان يضر بالمارة ... وإلا ضمن ...» اهـ. =

. . . .

وَمَا أَتْلَفَتِ البَهِيمَةُ مِنَ الزَّرْعِ

لأن الميل حادث والسقوط بغير فعله[١] (وما أتلفت البهيمة من الزرع)

= وقوله ﷺ: «والبئر جبار» أن يحفر شخص في ملك نفسه بئراً فيتردى إنسان فهدر. وقوله: «والمعدن جبار» أي أن يستأجر من يستخرجها فإذا انهارت عليهم فدماؤهم هدر؛ لأنهم أعانوا على أنفسهم.

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية، والشافعية؛ لما علل به المؤلف.

وعند الحنفية استحساناً، وبه قال المالكية، وهو قول للشافعية، ورواية للإمام أحمد: أنه يضمن؛ لوروده عن علي رضي الله عنه، ولأن الحائط لما مال فقط شغل هواء الطريق بميله، ورفعه بقدرة صاحبه.

واشترط الحنيفة للتضمين: أن يطالب بالنقض بعد ميل الحائط، وأن تمضي مدة يقدر فيها على النقض.

واشترط المالكية، وهو رواية عن الإمام أحمد: الإشهاد على المطالبة، قال الدردير: «هذا إذا كان منكراً للميلان، أما إذا كان مقرًّا فلا يشترط».

وفي الإنصاف: «وقيل: يضمن مطلقاً، وخرجه أبو الخطاب والمجد وجهاً... قال الحارثي: وهو الأقوى».

(تبيين الحقائق: ٦/ ١٤٧، وشرح المحلى على المنهاج: ٤/ ١٤٨، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٤/ ٣٥٦، والإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥/ ٣٢٤).

فإن كان الخلل في البناء أصليًّا، بأن أُنشيء الحائط مائلاً إلى الطريق العام؛ ضمن مطلقاً. (المصادر السابقة).

. . . .

لَيْلاً ضَمِنَهُ صَاحِبُهَا وَعَكْسُهُ النَّهَارُ،

والشجر وغيرهما(**ليلاً ضمنه صاحبها أو عكسه النهار**)[١]؛لما روى مالك

---

(١) ما تتلفه البهيمة إذا لم تكن يد صاحبها عليها لا يخلو من أمرين:

الأول: أن يكون زرعاً أو شجراً، فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: إن كان ذلك ليلاً ضمن صاحبها، وإن كان نهاراً لم يضمن؛ لما استدّل به المؤلف.

قال ابن قدامة: «ولأن العادة من أهل المواشي إرسالها في النهار للرعي، وحفظها ليلاً، وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل، فإذا ذهبت ليلاً كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ، وإن أتلفت نهاراً كان التفريط من أهل الزرع فكان عليهم».

وقيد المالكية عدم ضمان الإتلاف نهاراً بشرطين:

الأول: أن يكون معها راع.

الثاني: أن تسرح بعيداً عن المزارع، وإلا فعلى الراعي الضمان. ويشترط لضمان ربها ليلاً: إذا لم يربطها أو يقفل عليها.

وقيد الحنابلة والشافعية: أنه إذا لم يفرِّط فلا ضمان على مالكها، وإن فرِّط ضمن.

وعند أبي حنيفة: لا تضمن مطلقاً إذا انفلتت؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**العجماء جبار**» متفق عليه، وقوله: «**جبار**» أي هدر.

وقال الليث: يضمن مالكها ما أفسدته ليلاً ونهاراً بأقل الأمرين من =

إلاَّ أَنْ تُرْسَلَ

عن الزهري عن حزام[١] بن سعد: «**أن ناقة للبراء دخلت حائط [قوم]**[٢] **فأفسدت، فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الأموال حفظها بالنهار، وما أفسدت بالليل؛ فهو مضمون عليهم**»(١)، (**إلا أن ترسل**) نهاراً.

= قيمتها أو قدر ما أتلفته، قياساً على العبد إذا جنى.

(الدر المختار: ٥/٣٩٠، وشرح الزرقاني لمختصر خليل: ٨/١١٩، وحاشية البحيرمي على شرح الشربيني للخطيب: ٣/١٤٥، والمغني: ١٢/٤٥، والإنصاف مع الشرح: ١٥/٣٣٧).

الثاني: أن يكون غير الزرع والشجر: فالمذهب ومذهب الشافعية: أنه لا فرق بين الشجر والزرع وبقية الأموال كما تقدم.

وعند أبي حنيفة والمالكية: لا يضمن ما أتلفته بذبها أو قرنها أو رجلها ليلاً أو نهاراً، ولو لم يربطها أو يغلق عليها.

(المصادر السابقة وحاشية الدسوقي: ٤/٣٥٧).

(١) أخرجه مالك: (٢/٧٣٧) - الأقضية - (ح ٣٧)، وابن ماجه: (٢/٧٨١) - الأحكام - باب الحكم فيما أفسدت المواشي - (ح ٢٣٣٢)، وأحمد: (٥/٤٣٥-٤٣٦)، والشافعي في المسند: (ص ١٩٥)، والطحاوي في شرح المعاني الآثار: (٣/٢٠٣)، وابن جرير الطبري في تفسيره: (١٧/٥٣)، والبيهقي: (٨/٢٧٩، ٣٤١)، والبغوي في تفسيره: (٤/٣٠٤) - من طريق ابن شهاب عن حرام بن سعد بن =

---

[١] في / ط، هـ، ف، م بلفظ: حرام.

[٢] ساقط من / س.

بِقُرْبِ مَا تُتْلِفُهُ عَادَةً،

(**بقرب ما تتلفه عادة**) فيضمن مرسلها لتفريطه[1]، وإذا طرد دابة

= محيصة مرسلاً.

وأخرجه أبو داود: (٣/٨٢٩) – البيوع – باب المواشي تفسد زرع قوم – (ح ٣٥٦٩)، وأحمد: (٥/٤٣٦)، والنسائي في السنن الكبرى: (٣/٤١١ – ح ٥٧٨٤)، وعبدالرزاق: (١٠/٨٢ – ح ١٨٤٣٧)، وابن حبان كما في الإحسان: (٧/٥٩٩ – ح ٥٩٧٦)، وابن حزم في المحلى: (١١/٤)، والبيهقي: (٨/٣٤٢) – من طريق الزهري عن حرام ابن محيصة عن أبيه.

وأخرجه أبو داود: (٣/٨٢٩-٨٣٠ – ح ٣٥٧٠)، وابن ماجه: (٢/٧٨١ – ح ٢٣٣٢)، والنسائي في الكبرى: (٣/٤٢٢-٤١٢ – ح ٥٧٨٥، ٥٧٨٦)، والشافعي في المسند: (ص ١٩٥)، والطحاوي في شرح معاني الآثار: (٣/٢٠٣)، والحاكم: (٢/٤٨)، وابن حزم في المحلى: (١١/٤)، والبيهقي: (٨/٣٤١) – من طريق الزهري عن حرام بن محيصة عن البراء بن عازب.

الحديث صحيح، وصححه ابن حبان والحاكم والذهبي. قال ابن عبدالبر: «وهذا الحديث وإن كان مرسلاً فهو حديث مشهور أرسله الأئمة، وحدث به الثقات، واستعمله فقهاء الحجاز وتلقوه بالقبول، وجرى في المدينة العمل به، وحسبك باستعمال أهل المدينة وسائر أهل الحجاز لهذا الحديث» انظر: الجامع لأحكام القرآن: (١١/٣١٥)، وفتح الباري: (١٢/٢٥٨).

(١) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥/٣٤١): «ظاهره سواء أرسلها =

وَإِنْ كَانَتْ بِيَدِ رَاكِبٍ، أَوْ قَائِدٍ أَوْ سَائِقٍ ضَمِنَ جِنَايَتَهَا بِمُقَدَّمِهَا لاَ بِمُؤَخَّرِهَا،

من زرعه لم يضمن(١) إلا أن يدخلها مزرعة غيره(٢)، فإذا[١] اتصلت المزارع صبر ليرجع على ربها(٣)، ولو قدر أن يخرجها وله منصرف غير المزارع فتركها فهدر(٤) **(وإن كانت)** البهيمة **(بيد راكب، أو قائد، أو سائق ضمن جنايتها بمقدمها)** كيدها وفمها، **(لا)** ما جنت **(بمؤخرها)**(٥)

= بقرب ما تتلفه عادة أو لا . . . وهو ظاهر كلام الأكثرين من أهل المذهب . . . وقال القاضي وجماعة من الأصحاب: لا يضمن إلا أن يرسلها بقرب ما تتلفه عادة فيضمن . . . قلت: وهو الصواب . . ».

(١) أي ما أفسدته من مزرعة غيره.

(٢) فيضمن ما أفسدت منها؛ لتسببه، وظاهره: ولو مزرعة ربها.

(٣) أي بقيمة ما تأكله حيث لا يمكنه منعها إلا بتسليطها على مال غيره.

(٤) أي فتركها في مزرعته؛ ليرجع على ربها مما أكلته هدر لا رجوع على ربه الدابة؛ لتفريطه بعدم صرفها، وتركها تأكل.

(٥) وهذا هو المذهب؛ لما استدل به المؤلف، وسواء مالكاً للدابة، أو مستأجراً، أو مستعيراً ونحو ذلك.

وعند الحنفية: جناية الدآبة من ثلاثة أوجه: إما أن تكون في ملك صاحب الدآبة، أو ملك غيره، أو في طريق المسلمين، فإن كانت في ملك صاحب الدآبة ولم يكن صاحبها معها فإنه لا يضمن صاحبها مطلقاً، وإن كان صاحبها معها فإن كان قائداً لها أو سائقاً لها فلا ضمان عليه، وإن كان صاحب الدآبة راكباً على الدآبة،والدآبة تسير، **فإن** وطئت بيدها أو =

---

[١] في / م، ف، ظ. بلفظ: (فإن).

. . . .

كرجلها لما روى عن سعد مرفوعاً «**الرجل جبار**» وفي رواية أبي هريرة: «**رجل العجماء جبار**»[١]، ولو كان السبب من غيرهم كنخس وتنفير

= برجلها يضمن . . . وإن كدمت أو نفحت برجلها أو بيدها أو ضربت بذنبها فلا ضمان.

وإن كانت في ملك غير صاحب الدآبة فإن دخلت في ملك الغير من غير إدخال صاحبها بأن كانت منفلتة فلا ضمان على صاحبها وإن دخلت بإدخال صاحبها فضامن مطلقاً . . . وإن كان بإذن مالكه فهو كما لو كان في ملكه، وإن كانت في طريق المسلمين - فتقدم قريباً . . .».

وعند المالكية: لا يضمن جنايتها إلا إذا كان بسبب من القائد.

وعند الشافعية: من كان معه دآة أو دوآب ضمن إتلافها بيدها أو رجلها أو غير ذلك نفساً ومالاً ليلاً ونهاراً؛ لأنها في يده، وعليها تعهده.

ولو بالت أو راثت بطريق فتلف به نفس أو مال فلا ضمان.

(الفتاوى الهندية: ٦ / ٥٠، وحاشية الدسوقي: ٤ / ٣٥٧، ومغني المحتاج: ٤ / ٢٠٤، وكشاف القناع: ٤ / ١٢٥).

(١) العجماء: الدآبة، جبار: هدر.

والحديث أخرجه أبو داود: (٤ / ٧١٤-٧١٥) - الديات - باب الدآبة تنفح برجلها - (ح ٤٥٩٢)، النسائي في السنن الكبرى: (٣ / ٤١٢ - ح ٥٧٨٨)، وابن أبي عاصم في الديات (ص ٨٢)، والدارقطني: (٣ / ١٥٢، ١٧٩)، والطبراني في الصغير: (١ / ٢٦٢)، وابن عدي في الضعفاء: (٣ / ١٢٥١)، وابن حزم في المحلى: (١١ / ٢٠)، =

. . . .

. . . .

ضمن فاعله[١]، فلو ركبها اثنان فالضمان على المتصرف منهما[٢]،

= والبيهقي: (٨/ ٣٤٣) - من طريق - سفيان بن حسين عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة. الحديث ضعيف؛ لأن مداره على سفيان ابن حسين، وقد تفرد به، ولم يتابعه عليه أحد، وهو ضعيف في الرواية عن الزهري خاصة، قال الدارقطني في كتابه السنن: (٣/ ١٥٢، ١٧٩): «لم يروه غير سفيان بن حسين، وهو وهم لم يتابعه عليه أحد، وخالفه الحفاظ عن الزهري منهم مالك، ويونس، وسفيان بن عيينة، ومعمر، وابن جريج، والزبيدي، وعقيل، والليث بن سعد، وغيرهم، وكلهم رووه عن الزهري: «العجماء جبار، والبئر جبار والمعدن جبار، ولم يذكروا: الرجل، وهو الصواب» ونقل البيهقي في السنن: (٨/ ٣٤٣) عن الشافعي قوله: «وأما ما روي عن النبي ﷺ من الرجل جبار فهو غلط والله أعلم؛ لأن الحفاظ لم يحفظوا هكذا».

وله شاهد من حديث هزيل بن شرحبيل عند ابن أبي شيبة: (٩/ ٢٧٠)، وابن أبي عاصم في الديات: (ص ٨٣)، والدارقطني: (٣/ ١٥٣، ١٧٨، ١٧٩)، والبيهقي: (٨/ ٣٤٤)، ومراسيل هزيل غير مقبولة، كما أن طرقه إليه ضعيفة.

(١) اتفاقاً؛ لوجود السبب منه. (المصادر السابقة).

(٢) لقدرته على كفها.

وفي الإنصاف (١٥/ ٣٣٥): «الدآبة سائق وقائد والضمان عليهما على المذهب، قال الحارثي: عن بعض المالكية: الضمان على القائد وحده =

. . . .

وَبَاقِي جِنَايَتِهَا هَدَرٌ، كَقَتْلِ الصَائِلِ عَلَيه

(**وباقي جنايتها هدر**) إذا لم يكن يد أحد عليها(١)؛ لقوله ـ عليه السلام ـ: «**العجماء جبار**»(٢) أي هدر(٣) إلا الضاربة والجوارح وشبهها(٤) (**كقتل الصائل عليه**) (٥) ....

= وهذا قول حسن، وإن كان معهما أو مع أحدهما راكب اشتركوا في الضمان على الصحيح من المذهب ... وفي وجه آخر: الضمان على الراكب فقط. وقيل: يضمن القائد فقط وهو احتمال في المغني ..» (المغني: ١٢/ ٥٤٥).

(١) وسوى ما استثنى، فلو انفلتت الدآبة ممن هي في يده وأفسدت فلا ضمان.

(٢) أخرجه البخاري: (٢/ ١٢٧) – الزكاة – باب في الركاز الخمس، (٣/ ٧٥) – المساقاة – باب من حفر بئراً في ملكه لم يضمن، (٨/ ٤٦، ٤٧) – الديات – باب المعدن جبار والبئر جبار، وباب العجماء جبار، مسلم: (٣/ ١٣٣٤–١٣٣٥) – الحدود – (ح ٤٥، ٤٦) من حديث أبي هريرة.

(٣) في المصباح: (١/ ٨٩)، وقال شيخ الإسلام (كما في حاشية ابن قاسم ٥/ ٤٢٢): «كل بهيمة عجماء فجنايتها غير مضمونة إذا فعلت بنفسها ولم تكن عقوراً، ولا فرط صاحبها في حفظها في الليل، أو في أسواق المسلمين ومجامعهم».

(٤) فيلزم مالكها وغيره ضمان ما أتلف.

(٥) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ ولا إثم عليه ولا ديَّة ولا كفارة؛ لأنه مأمور بذلك. =

....

....

....

= وعند الحنفية: أن المصول عليه يضمن البهيمة الصائلة عليه بالقيمة إذا كانت لغيره؛ لأنه أتلف مال غيره لإحياء نفسه كالمضطر إلى طعام غيره إذا أكله، ومثل البهيمة غير المكلف من الآدميين كالصبي والمجنون فيضمنهما إذا قتلهما بالدية؛ لأنهما لا يملكان إباحة أنفسهما ولذلك لو ارتدا لم يقتلا.

(حاشية ابن عابدين: ٥/ ٣٥١، وجواهر الإكليل: ٢/ ٢٩٧، وحاشية الدسوقي: ٤/ ٣٥٧، ونهاية المحتاج: ٨/ ٢١، وكشاف القناع: ٦/ ١٥٤).

«وقال شيخ الإسلام كما في الفتاوى الكبرى ٤/ ٥٩٥: «عليه أن يدفع الصائل عليه، فإن لم يندفع إلا بالقتل كان له ذلك باتفاق الفقهاء، فإن ادعى القاتل أنه صال عليه وأنكر أولياء المقتول، فإن كان المقتول معروفاً بالبر وقتله في محل لا ريبة فيه لم يقتل قول القاتل، وإن كان معروفاً بالفجور والقاتل معروفاً بالبر فالقول قول القاتل مع يمينه لاسيما إذا كان معروفاً بالتعرف له قبل ذلك.

ومن رأى رجلاً يفجر بأهله جاز له قتله فيما بينه وبين الله سواء كان الفاجر محصناً أو غير محصناً معروفاً بذلك أم لا كما دل عليه كلام الأصحاب وفتاوى الصحابة، وليس هذا من باب دفع الصائل كما ظنه بعضهم، بل من باب عقوبة المعتدين المؤذين، وأما إذا دخل الرجل ولم يفعل بعد فاحشة ولكن دخل لأجل ذلك فهذا فيه نزاع، والأحوط لهذا أن يتوب من القتل في هذه الصورة».

....

وَكَسْرِ مِزْمَارٍ

من آدمي أو غيره إن لم يندفع إلا بالقتل(١)، فإذا قتله لم يضمنه؛ لأنه قتله[١] [بدفع][٢] جائز لما فيه من صيانة النفس(٢). (و) كـ (كسر مزمار) أو غيره من آلات اللهو(٣).

---

(١) دفعاً عن نفسه، وعن غيره.

(٢) لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل فقال: يا رسول الله، أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: «**فلا تعطه مالك**»، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: «**قاتله**»، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: «**فأنت شهيد**»، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: «**هو في النار**» رواه مسلم، وروى سعيد بن زيد رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**من قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد**»، رواه أهل السنن وصححه الترمذي.

(٣) كالعود، والطبل، وغيرهما.

فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: يجب إتلاف آلات اللهو؛ لقوله تعالى: ﴿**وَقُلْ جَاءَ الْحَقُّ وَزَهَقَ الْبَاطِلُ إِنَّ الْبَاطِلَ كَانَ زَهُوقًا**﴾، ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**والذي نفسي بيده ليوشكن أن ينزل فيكم ابن مريم عدلاً فيكسر الصليب، ويقتل الخنزير، ويضع الجزية، ويفيض المال حتى لا يقبله أحد**» متفق عليه.

قال ابن حجر في الفتح (٥/٥٦٧): «ويستفاد منه تغيير المنكرات، وكسر آلة الباطل». =

---

[١] في / م، ف. بلفظ: (قتلهم).   [٢] ساقط من / ظ.

وَصَلِيبٍ وَآنِيَةِ ذَهَبَ وَفِضَّةٍ، وَآنِيَةِ خَمرٍ غَيْرِ مُحْتَرَمَةٍ.

(**وصليب**[١] **وآنية ذهب وفضة وآنية خمر غير محترمة**)[٢]؛ لما روى

= وعند أبي حنيفة: لا يجوز إتلاف هذه الآلات؛ لأنها أموال تصلح لما يحل من وجوه الانتفاع.

وعند المالكية والحنابلة: لا ضمان على من أتلف شيئاً من هذه الآلات، لما فيه من تغيير المنكر.

وعند أبي حنيفة والشافعية: أن الإتلاف إذا تجاوز هيئة المنكر إلى مادتها وجب ضمان العين؛ لأن المنكر هو الهيئة المخصوصة فيزول بزوالها وما يبقى بعد ذلك قابل للتمويل.

(حاشية ابن عابدين: ٥/١٣٤، وحاشية الدسوقي: ٤/٣٣٦، وشرح المحلى على المنهاج: ٣/٣٣، والمغني مع الشرح الكبير: ٥/٤٤٥).

(١) وغير ذلك كالأوثان وآلات السحر والتنجيم، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿**فَجَعَلَهُمْ جُذَاذًا إِلَّا كَبِيرًا لَّهُمْ لَعَلَّهُمْ إِلَيْهِ يَرْجِعُونَ**﴾ ولحديث ابن مسعود في تكسيره ﷺ الأصنام حول الكعبة متفق عليه، ولحديث عمرو بن عبسة وفيه قوله ﷺ: «**أرسلني الله بصلة الأرحام وكسر الأوثان، وأن يوحد الله لا يشرك به شيء**» رواه مسلم، ولما تقدم قريباً من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) فالمذهب ومذهب المالكية، وقول عند الحنفية عليه الفتوى عندهم: يجوز إتلاف آنية الخمر مطلقًا سواء قدر على إراقته أم لا؛ لما روى ابن مسعود رضي الله عنه: «**يحلف بالله أن التي أمر بها رسول الله ﷺ حين حرمت الخمر أن يكسر دنانه، وأن يكفأ ثمر التمر والزبيب**» رواه الدارقطني=

. . . .

أحمد عن ابن عمر «**أن النبي ﷺ أمره أن يأخذ مدية ثم خرج إلى أسواق المدينة، وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام، فشقت بحضرته وأمر أصحابه بذلك**»(١).

= وصححه ابن القيم في الطرق الحكمية: (ص ٢١٦).
وعند الحنفية والشافعية: أن إتلاف آنية الخمر غير جائز؛ لحديث ابن عباس رضي الله عنهما في قصة الرجل الذي أهدى للنبي ﷺ «**راوية خمر... ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها**» رواه مسلم. فلم يأمر النبي ﷺ بخرق الراوية. (المصادر السابقة).

(١) أخرجه أحمد: (٢/ ١٣٢-١٣٣) - عن الحكم بن نافع عن أبي بكر ابن أبي مريم عن ضمرة ابن حبيب عن عبدالله بن عمر، وفيه أبو بكر بن أبي مريم وهو مع أمانته ضعيف في حفظه، حيث أصابه الاختلاط لما طرقته لصوص فأخذوا متاعه.
وأخرجه أحمد: (٢/ ٧١)، والطحاوي في مشكل الآثار: (٤/ ٣٠٦)، والبيهقي: (٨/ ٢٨٧) - الأشربة - باب ما جاء في تحريم الخمر - من طريق عبدالله بن لهيعة عن أبي طعمه عن عبدالله بن عمر، وفيه أبو طعمة وثقه ابن عمار الموصلي، وضعفه مكحول، وقال الحافظ ابن حجر في التقريب: مقبول، أي عند المتابعة، وقد توبع، تابعه ثابت بن يزيد الخولاني، أما رواية ابن لهيعة هنا فغير ضارة؛ لأن الراوي عنه عبدالله بن وهب، وروايته عنه يعتدُّ بها، لأنه يستتبع أصولها. =

. . . .

. . . .

ولا يضمن كتاباً فيه أحاديث رديئة[1] ولا حليًّا محرماً على رجال إذا لم يصلح للنساء.

* * *

= وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار: (٤/ ٣٠٥-٣٠٦)، والحاكم: (٤/ ١٤٤-١٤٥) الأشربة، والبيهقي: (٨/ ٢٨٧) - الأشربة - من طريق ثابت بن يزيد الخولاني عن عبدالله بن عمر. وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

(١) قال ابن القيم في الطرق الحكمية (ص ٢١٥): «الكتب المشتملة على الكذب والبدعة يجب إتلافها وإعدامها، وهي أولى بذلك من إتلاف آلات اللهو والمعازف وإتلاف آنية الخمر فإن ضررها أعظم من هذه». لأن الصحابة حرقوا جميع المصاحف المخالفة لمصحف عثمان لما خافوا على الأمة من الاختلاف، ولأمره ﷺ بتحريق مسجد الضرار.
ويستثنى ما كان مبيناً لوجه الضلال والرد عليه، مثل كتب الموضوعات في السنة.

* * *

. . . .

بَابُ الشُّفْعَةِ

باب الشفعة(١)

(١) أي باب ذكر أحكام الشفعة.

وتطلق أيضاً لغة على: الإعانة، يقال: شفع فلان لفلان في كذا، أي طلب الإعانة له عليه، وعلى الزيادة؛ لأن الشفيع يزيد في ملكه بأخذ العين المشفوع فيها.

(القاموس: ٣/ ٤٧، ولسان العرب: ٢/ ٣٣٤، والمصباح المنير: ١/ ٣٧٥).

والشفعة ثابتة بالسنة، كما في حديث جابر رضي الله عنه الآتي قريباً.

والإجماع: قال ابن المنذر في الإجماع (ص ١٢١): «وأجمعوا على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، فيما بيع من أرض أو دار، أو حائط».

ويرى أبو بكر الأصم عدم مشروعية الشفعة؛ لقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ**﴾، وأجيب عن هذا الاستدلال: أن هذا ليس من أكل المال بالباطل؛ لأن المشتري يعارض عليها بما يبذله الشفيع من الثمن للمشتري.

وأيضاً: فإن السنة ثابتة بها فتخصص من اشتراط الرضا. (تكملة المجموع: ١٣/ ٣٥٧).

والشفعة جاءت على وفق القياس، قال ابن القيم في إعلام الموقعين (٢/ ١١١): «من محاسن الشريعة وعدها وقيامها بمصالح العباد، وورودها بالشفعة، ولا يليق بها غير ذلك، فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه=

وَهِي اسْتِحْقَاقُ انْتِزَاعِ حِصَّةِ شَرِيكِهِ مِمَّنِ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ بِعِوَضٍ مَالِيٍّ

[الشفعة] بإسكان الفاء(١) من الشفع، وهو الزوج(٢)؛ لأن الشفيع بالشفعة [يضم][١] المبيع إلى ملكه الذي كان منفرداً.

(وهي استحقاق) الشريك(٣) **(انتزاع حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض مالي)**(٤)؛ كالبيع[٢] والصلح والهبة بمعناه(٥)، فيأخذ الشفيع

= أبقاه على حاله، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه، ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب، فإن الخلطاء يكثر فيهم بغي بعضهم على بعض؛ شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر بالقسمة تارة وانفراد كل من الشركين بنصيبه، وبالشفعة تارة، وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك . . . » ا.هـ.

(١) لا غير، وضم الشين اسم مصدر.

(٢) خلاف الفرد.

(٣) الشفعة انتزاع النصيب، وليس مجرد استحقاق.

(٤) ومن تعاريف الحنيفة كما في تبيين الحقائق (٥ / ٢٣٩) : « هي تملك البقعة جبراً على المشتري، بما قام عليه » .

ومن تعاريف الشافعية كما في مغني المحتاج (٢ / ٢٩٦) : « حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض » .

(٥) الصلح بمعنى البيع، والهبة بمعنى البيع تقدما في باب الخيار، والصلح.

---

[١] ساقط من / ف .

[٢] في / س بلفظ : (المبيع) .

بِثَمَنِه الَّذي اسْتَقَرَّ عَلَيْه العَقْدُ،

نصيب البائع (**بثمنه الذي استقرَّ عليه العقد**)[١][٢].

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية: أن الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد ولاحظَّ له فيما حط البائع عن المشتري من الثمن؛ لأن الحطَّ من الثمن لا يغير من الثمن المسمى في عقد البيع كالزيادة في الثمن بعد استقرار البيع، وأما الزيادة أو النقص في مدة الخيار فتعبت في حق الشفيع.
وعند المالكية: إن كان المحطوط من الثمن ما تجري به العادة بين الناس، فيحط عنه الشفيع، وإلا لم يحط عنه، وتكون هبة من البائع للمشتري لا حق للشفيع بها.
وعند الحنفية: أنه يثبت حق الشفيع فيما حط البائع عن المشتري من الثمن؛ لكونه يلحق أصل العقد.
(حاشية ابن عابدين: ٥/١٤٦، والمدونة: ٤/٢١٢، والتاج والإكليل: ٥/٣٣١، وروضة الطالبين: ٥/٩٠، والمبدع: ٥/٢٢٤، وشرح المنتهى: ٢/٤٤٦).

(٢) في الباطن قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ٢٤٣): «ويجب على المشتري أن يسلم الشقص المشفوع بالثمن الذي تراضيا عليه في الباطن إذا طالبه به الشريك، وإذا حابى البائع المشتري بالثمن محاباة خارجة عن العادة يتوجه أن لا يكون المشتري أخذه إلا بالقيمة، أو أن لا شفعة، فإن المحاباة بمنزلة الهبة من بعض الوجوه، ولا شفعة في بيع الخيار ما لم ينقض نص عليه أحمد في رواية حنبل، قال القاضي: لأن أخذ الشفيع بالشفعة يسقط حق البائع من الخيار، فلم يجز له المطالبة بالشفعة،=

فَإِنِ انْتَقَلَ بِغَيْرِ عِوَضٍ

لما روى أحمد والبخاري عن جابر «**أن النبي ﷺ قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم، [فإذا][١] وقعت الحدود وصرفت**(١) **الطرق فلا شفعة**»(٢).

(**فإن**[٢] **انتقل**) نصيب الشريك (**بغير عوض**) كالإرث والهبة بغير ثواب والوصية(٣)،

= وهذا التعليل من القاضي، يقتضي أن الخيار إذا كان للمشتري وحده فللشفيع الأخذ كما يجوز للمشتري أن يتصرف فيه في هذا الموضع».

(١) بضم الصاد وتشديد الراء أي بينت مصارفها.

(٢) أخرجه أحمد: (٣/٢٩٦، ٣٧٢، ٣٩٩)، والبخاري: (٣/٣٧) - البيوع - باب بيع الشريك من شريكه، وباب بيع الأرض والدور والعروض مشاعاً، (٣/٤٧) - الشفعة - باب الشفعة فيما لم يقسم، (٣/١١٢) - الشركة - باب الشركة في الأرضين وغيرهما، وباب إذا اقتسم الشركاء الدور أو غيرها فليس لهم رجوع ولا شفعة، (٨/٥٦) - الحيل - باب في الهبة والشفعة، أبو داود: (٣/٧٨٤) - البيوع - باب في الشفعة - (ح ٣٥١٤)، وابن ماجه: (٢/٨٣٥) - الشفعة - باب إذا وقعت الحدود فلا شفعه - (ح ٢٤٩٩)، الطحاوي في شرح معاني الآثار: (٤/١٢٢).

(٣) انتقال الشقص إلى المشتري الجديد له أربع حالات:

الأولى: أن يكون بطريق البيع، وهذا تثبت به الشفعة بإتفاق القائلين لمشروعية الشفعة، وكذا ما كان بمعنى البيع كالصلح على مال، والصلح عن جناية الخطأ الموجبة للمال، أو الهبة المشروط فيها ثواب معلوم، ونحو ذلك؛ لقوله ﷺ: «**لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن باع** =

[١] في / ف. بلفظ: (وإن). [٢] في / ف بلفظ: (وإن)، وفي / س بلفظ: (فإذا).

. . . .

. . . .

= ولم يستأذنه فهو أحق به».

الثانية: أن يكون عن طريق الإرث، وهذا لا شفعة فيه اتفاقاً. (بداية المجتهد: ٢/ ١٩٥).

الثالثة: أن يكون بغير عوض كالهبة، والصدقة، والوصية، وهذا لا شفعة فيه عند جمهور أهل العلم؛ لأنه انتقل بغير عوض فأشبه الميراث.

وحكي عن الإمام مالك رواية، وبه قال ابن أبي ليلى: أن الشفعة تجب في المنتقل بهبة أو صدقة؛ لأن الشفعة شرعت لإزالة الضرر عن الشركاء، والضرر موجود بينهم في الهبة، والصدقة.

ونوقش هذا الاستدلال: أن النص إنما ورد في البيع فقط، وألحق به ما في معناه، والصدقة والهبة ليست في معنى البيع، بل أشبه بالميراث.

الحالة الرابعة: أن يكون انتقال الشقص بعوض غير مالي كما مثل المؤلف.

فالمذهب، ومذهب الحنفية: عدم ثبوت الشفعة؛ لأن النص إنما ورد في البيع، وهذه ليست بيعاً، ولا في معناه، ولأن المعتاض يملك الشقص بغير مال، فأشبه الموهوب، والميراث.

وعند المالكية والشافعية: أن كل ما ملك فيه الشقص بعوض تثبت به الشفعة؛ لأن التملك تم بعقد معاوضة، فثبت فيه الشفعة قياساً على البيع، مع لحوق الضرر في كل.

(اللباب: ٢/ ١١٠، والمدونة: (٤/ ٢٢٧، والمنتقى للباجي: ٦/ ٢٠٦، والمهذب: ٢/ ٣٧٧، والإفصاح: ٢/ ٣٨، والمغني: ٧/ ٤٤٤، والإنصاف: ٦/ ٢٥٣).

. . . .

أَوْ كَانَ عِوَضُهُ صَدَاقاً، أَوْ خُلْعاً، أَوْ صُلْحاً عَنْ دَمِ عَمْدٍ فَلا شُفْعَةَ، وَيَحْرُمُ التَحَيُّلُ لإِسْقَاطِهَا،

(**أو كان عوضه**) غير مالي بأن جعل (**صداقاً أو خلعاً**[١] **أو صلحاً عن دم عمد فلا شفعة**)؛ لأنه مملوك بغير مال أشبه الإرث، ولأن الخبر ورد في البيع، وهذه ليست في معناه.

(**ويحرم التحيل**[٢] **لإسقاطها**[٣]) قال الإمام: لا يجوز شيء من

---

(١) أي بأن جعل الشريك الشقص المبيع صداقاً أو جعله خلعاً، فلا شفعة أو عوض طلاق ونحو ذلك.

(٢) في المصباح (١/١٨٩): «والحيلة: الحذق في تدبير الأمور، وهو تقليب الفكر حتى يهتدي إلى المقصود».

وفي المفردات للراغب (ص ١٣٨): «والحيلة والحويلة ما يتوصل به إلى حالة ما في خفية، وأكثر استعمالها فيما في تعاطيه خبث».

(٣) وقد ذكر الفقهاء صوراً من الحيل التي تؤدي في ظاهرها إلى سقوط الشفعة، فمن ذلك: أن يقوم البائع والمشتري على إظهار انتقال العين عن طريق الهبة.

أو أن يهب البائع الشقص للمشتري، ثم يهبه المشتري ما يرضيه مما يقوم مقام الثمن لقصد إسقاط الشفعة، أو أن يشتري الشقص بألف ريال وهو لا يساوي ثلاثمائة ريال، أو أن يشتريه بهذا المبلغ، ثم يسقط عنه البائع ما زاد عن القيمة الحقيقية. (وانظر: إعلام الموقعين: ٣/٢٥٦).

. . . .

الحيل في إبطالها، ولا إبطال حق مسلم(١)، واستدل[١] الأصحاب بما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال: **«لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود(٢)**

---

(١) فالمذهب: تحريم الحيل لإسقاط الشفعة؛ لما استدل به المؤلف، ولأن الله تعالى ذم المخادعين في قوله تعالى: ﴿**يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلاَّ أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ**﴾، وقال ابن عمر رضي الله عنهما: **«من يخدع الله يخدعه»**.

وعند الشافعية: وبه قال محمد بن الحسن: كراهة الحيلة لإسقاط الشفعة؛ لما في ذلك من إسقاط حق الشفعة، وسد باب دفع الضرر عن الشريك.

وفي وجه للشافعية: جواز الحيلة لإسقاط الشفعة: بحجة أنه ليس فيها إسقاط لحق وجب، وإنما لمنع الوجوب.

(حاشية ابن عابدين ٥/١٥٦، وروضة الطالبين: ٥/١١٦، والمغني ٧/٤٨٥، وإعلام الموقعين: ٣/٢٥٦).

(٢) ومن حيلهم نصبهم الشباك ونحوه يوم الجمعة، فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت فيه وقالوا: ما اصطدنا يوم السبت، فمسخهم الله قردة وخنازير قال تعالى: ﴿**فَجَعَلْنَاهَا نَكَالاً لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ**﴾ أي أمة محمد ﷺ ليتعظوا بذلك فيتجنبوا مثل فعلهم، وفي حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: **«قاتل الله اليهود، إن الله لما حرم عليهم الشحوم جملوها، ثم باعوها فأكلوا ثمنها»** متفق عليه.

. . . .

وَتَثْبُتُ لِشَرِيكٍ فِي أَرْضٍ تَجِبُ قِسْمَتُهَا ،

فتستحلُّوا محارم الله بأدنى الحيل»(١) . **(وتثبت)** الشفعة **(لشريك في أرض تجب قسمتها)**(٢)، فلا شفعة في منقول كسيف ونحوه[١](٣)؛

---

(١) أخرجه ابن بطة في كتابه إبطال الحيل. وعرض ابن كثير في تفسيره (٢/٢٥٧) إسناد ابن بطة وقال: «هذا إسناد جيد، فإن أحمد بن محمد بن مسلم هذا ذكره الخطيب في تاريخه ووثقه، وباقي رجاله مشهورون ثقات، ويصحِّحُ الترمذي بمثل هذا الإسناد كثيراً» وحسن إسناده ابن تيمية كما في مجموع فتاويه: (٢٩/١٩)، وذكره السيوطي في الدر المنثور: (٣/١٣٩) وعزاه لابن بطة فقط.

(٢) أي قسمة إجبار – وهي ما لا ضرر في قسمته، ولا رد عوض – قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ٢٤٣): «تثبت – أي الشفعة – في كل عقار يقبل قسمة الإجبار باتفاق الأئمة».

(٣) وجوهر وقلم وحيوان، وسيارة، وزرع وثمرة وغير ذلك.

وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، لما استدل به المؤلف.

ولما تقدم من حديثي جابر بن عبدالله رضي الله عنهما قريباً فالنبي ﷺ قصر الشفعة على ما هو عقار.

وأجيب عن هذا الاستدلال: بأن ذكر بعض أفراد العام لا يقتضي التخصيص.

وعن الإمام أحمد، وهو قول الظاهرية: ثبوت الشفعة؛ لحديث جابر رضي الله عنه قال: **«إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم»** رواه البخاري وهذا يشمل المنقول. =

---

[١] لفظ (ونحوه) مكرر ف / م.

. . . .

لأنه لا نص فيه، ولا هو في معنى المنصوص، ولا فيما لا تجب قسمته، كحمام ودور صغيرة[1]؛ لقوله ـ عليه السلام ـ: «**لا شفعة في فناء ولا**

= ولأن الضرر الثابت في العقار وهو بعينه ثابت في المنقول.
(المبسوط: ١٤/ ٩٨، وبداية المجتهد: ٢/ ١٩٤، وروضة الطالبين: ٥/ ٦٩، والإنصاف: ٦/ ٢٥٧، وإعلام الموقعين: ٢/ ١١٦، والمحلى: ٩/ ٨٣، وسبل السلام: ٣/ ٩٦).

(١) وهذا هو المذهب، ورواية عن الإمام مالك، ومذهب الشافعية؛ لما استدل به المؤلف، ولقول عثمان رضي الله عنه: «**لا شفعة في بئر ولا فحل**» رواه البيهقي (٧/ ١٠٥).
ولأن الشفعة لو وجبت فيما لا ينقسم لتضرر الشريك، فإنه إن باعه لم يرغب به أحد لخوف انتزاعه بالشفعة، وإن طلب القسمة لم تجب إجابته لضرر القسمة. (ينظر مجموع الفتاوى: ٣٠/ ٣٨٢).
وعند الحنفية، والمالكية، والظاهرية، ورواية عن أحمد اختارها شيخ الإسلام: ثبوت الشفعة فيما لا ينقسم؛ لحديث جابر رضي الله عنه قال: «**قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط ...**» رواه مسلم، وهذا عام، ولعمومات الشفعة، وهذا القول أقرب.
(فتح القدير: ٧/ ٤٠٧، ومواهب الجليل: ٥/ ٣٢٠، وروضة الطالبين: ٥/ ٧٠، ومجموع الفتاوى: ٣٠/ ٢٨٢، والإنصاف: ٦/ ٢٥٧، والمحلى: ٩/ ٨٢).

. . . .

وَيَتْبَعُهَا الغِرَاسُ وَالبِنَاءُ

طريق ولا منقبة» رواه أبو عبيد في «الغريب»(١). والمنقبة: طريق ضيق بين دارين لا يمكن أن يسلكه أحد، **(ويتبعها)**[١] أي الأرض **(الغراس والبناء)** فتثبت الشفعة فيهما[٢] تبعاً للأرض إذا بيعا معها(٣)، لا إن

(١) أورده أبو عبيد في غريب الحديث: (٣/ ١٢١) معلقاً، واقتصرعلى ذكر متن الحديث مجرداً من الإسناد.
وعزاه ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٤٢) لأبي الخطاب في رؤوس المسائل، وكتاب البيوع منه مفقود. وعلى هذا لم أقف على إسناد معين لهذا الحديث.
وأخرج بعضه عبدالرزاق في المصنف: (٨/ ٨٧ – ح ١٤٤٢٧) عن ابن أبي سبرة عن محمد بن عمارة عن محمد بن أبي بكر مرسلاً، ولفظه «**لا شفعه في فناء ولا طريق ولا فحل**» والإسناد مع إرساله فيه أبو بكر بن أبي سبرة العامري وقد رمي بالكذب والوضع.

(٢) باتفاق الأئمة، أن ماله أصل ثابت على الأرض كالشجر، والبناء أنها تؤخذ بالشفعة إذا دخلت تبعاً مع العقار في الصفقة. (المصادر السابقة).
وعند الحنفية، والمالكية، والظاهرية، ورواية عن أحمد اختارها شيخ الإسلام: ثبوت الشفعة فيما لا ينقسم؛ لحديث جابر رضي الله عنه قال: «**قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط ..**» رواه مسلم، وهذا عام، وهذا القول لعموميات الشفعة أقرب.
(فتح القدير: ٧/ ٤٠٧، ومواهب الجليل: ٥/ ٣٢٠، وروضة الطالبين: ٥/ ٧٠، ومجموع الفتاوى: ٣٠/ ٢٨٢، والإنصاف: ٦/ ٢٥٧، والمحلى: ٩/ ٨٢).

---

[١] في / ف. بلفظ: (وبيعها). [٢] في / ف بلفظ: (تبعا).

لاَ الثَّمَرَةُ وَالزَّرْعُ فَلاَ شُفْعَةَ لِجَارٍ،

بيعا مفردين(١) **(لا الثمرة والزرع)** إذا بيعا مع الأرض، فلا يؤخذان بالشفعة؛ لأن ذلك لا يدخل في البيع فلا يدخل في الشفعة، كقماش الدار(٢)، **(فلا شفعة لجار)**(٣) لحديث [جابر][١] السابق.

---

(١) أي الغراس والبناء، فلو باع المساقي نصيبه من الشجر لغير صاحب الأرض لم تثبت لصاحب الأرض شفعة.

وعن الإمام أحمد: تجب الشفعة فيهما؛ لعموم حديث جابر السابق.

(٢) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

والوجه الثاني: تؤخذ تبعاً كالبناء والغراس؛ لأنه متصل بما فيه من الشفعة فثبتت فيه الشفعة تبعاً كالبناء والغراس.

(المغني: ٧/ ٤٤٠، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/ ٣٨١).

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول الجمهور: عدم ثبوت الشفعة للجار؛ لحديث جابر رضي الله عنه قال: «**إنما جعل النبي ﷺ الشفعة للشريك في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة**» فالحديث دل بمفهومه على نفي الشفعة فيما قسم.

ونوقش: بإخراج ما اشترك فيه الجاران بشيء من حقوق الملك، فتثبت الشفعة؛ لدلالة السنة على ذلك.

واستدلوا أيضاً: بحديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**الشفعة في كل شرك في أرض، أو ربع، أو حائط لا يصح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع، فإن أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه**» رواه =

---

[١] ساقط من / س.

. . . .

. . . .

= مسلم، فدل الحديث على ثبوت الشفعة في الشيء المشترك من أرض أو ربع أو حائط.

ونوقش: بما تقدم.

وعند الحنفية: ثبوت الشفعة للجار؛ لحديث جابر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحد**» رواه أبو داود، والترمذي وحسنه، والطحاوي.

واستدلوا أيضاً: بحديث سمرة مرفوعاً: «**جار الدار أحق بالدار**» رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه؛ ولحديث الشريد بن سويد مرفوعاً: «**الجار أحق بسقبه**» رواه البخاري. والسقب: ما قرب من الدار أو لاصقها. (كما في المصباح: ١/٣٣١).

وفي رواية عن الإمام أحمد، وبه قال شيخ الإسلام وابن القيم: أن الجار له حق الشفعة إذا كان الجاران يشتركان في حق من حقوق المبيع كالشرب، والطريق الخاص بهما ونحو ذلك؛ لما تقدم من مجموع الأدلة، وهذا أقرب الأقوال.

(اللباب: ١/١٠٦، ومواهب الجليل: ٥/٣١٢، والمهذب: ٢/٣٧٧، والمبدع: ٥/٢٠٦، ومجموع الفتاوى: ٣٠/٣٨٣، وإعلام الموقعين: ٢/١٢٤، وعمدة القارئ: ١٢/٧٢، وفتح الباري: ٤/٤٣٧، ونيل الأوطار: ٥/٣٠٨).

. . . .

وَهِيَ عَلَى الفَوْرِ وَقْتَ عِلْمِهِ، فإذَا لَمْ يَطْلُبْهَا إذاً بِلاَ عُذْرٍ بَطَلَتْ،

(**وهي**) أي الشفعة (**على الفور وقت علمه**(١)، **فإذا لم يطلبها**(٢) **إذاً** [أي وقت علم الشفيع بالبيع][١] (**بلا عذر بطلت**) ؛لقوله ﷺ: [«**الشفعة لمن واثبها**»[٢] وفي رواية:] «**الشفعة كحل العقال**»(٣) رواه ابن ماجه،

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية والشافعية: اشتراط الفورية في طلب الشفعة؛ لما استدل به المؤلف.
وعند المالكية والظاهرية: أن طلب الشفعة على التراخي، فعند المالكية له التراخي إلى سنة، وعند الظاهرية لا حد له؛ لأن الأصل ثبوت حق الشفعة، فلا يسقط بالتأخير، كحق القصاص لا يسقط بالتأخير. (ينظر المصادر السابقة، والمحلى: ٩/ ٩٠).
والأقرب: عدم اشتراط الفورية؛ لضعف الأدلة الدالة على اشتراطها، لكن ليس للشفيع أن يؤخر بحيث يضر المشتري.

(٢) فعلى المذهب يشهد بالطلب بها حين يعلم إن لم يكن عذر.

(٣) الرواية الأولى وهي: «**الشفعة لمن واثبها**» أي بادرها. لم أقف على إسناد لها، أي على رواية الرفع، وقال الحافظ ابن حجر في تخليص الحبير (٣/ ٥٦-٥٧): «هذا الحديث ذكره القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، والماوردي هكذا بلا إسناد»، وقال ابن حزم في المحلى (٩/ ٩١): «وأما الشفعة لمن واثبها فما يحضرنا الآن ذكر إسنادها» قلت: وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٨/ ٨٣ – ح ١٤٤٠٦) من قول شريح، وفي الإسناد رجل مجهول» وقال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٧٦): «وكذلك ذكره القاسم بن ثابت السرقسطي في كتاب غريب الحديث». =

[١] ساقط من / س، هـ.   [٢] ساقط من / هـ.

. . . .

فإن لم يعلم بالبيع فهو على شفعته ولو مضى سنون[١]، وكذا لو أخر لعذر[٢] بأن علم ليلاً فأخره إلى الصباح، أو لحاجة أكل أو شرب أو طهارة أو إغلاق باب أو خروج من حمام أو ليأتي بالصلاة وسننها[٣]،

= وأما رواية الثانية وهي: «**الشفعة كحل العقال**» فأخرجها ابن ماجه (٢ / ٨٣٥) - الشفعة - باب طلب الشفعة - (ح ٢٥٠٠)، ابن عدي في الضعفاء: (٦ / ٢١٨٥)، وابن حزم في المحلى: (٩ / ٩١)، والبيهقي: (٦ /١٠٨) - الشفعة، والخطيب في تاريخ بغداد: (٦ /٥٧) - من طريق محمد بن الحارث البصري عن محمد بن عبدالرحمن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر. وإسناده ضعيف جدًّا، فيه رواية ضعيف عن ضعيف عن ضعيف، محمد بن الحارث وشيخه وشيخ شيخه كلهم ضعفاء. قال أبو زرعة: هذا حديث منكر. علل الحديث لابن أبي حاتم: (١ / ٤٧٩)، وقال ابن حبان: لا أصل له، وقال البيهقي: ليس بثابت. انظر تلخيص الحبير: (٣/ ٥٦)، وقال ابن حزم في المحلى: (٩ / ٩١) «مكذوب موضوع» وذكره ابن القيسراني في الأحاديث الموضوعة. (معرفة التذكرة: ص ٢٥١).

(١) يأتي قول أهل العلم في شفعة الغائب.

(٢) فهو على شفعته، إذ هو مبادر لها حكماً.

(٣) وهذا مع غيبة مشتر في جميع هذه الصور؛ لأن العادة تقديم هذه الحوائج ونحوها على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة، وهذا على اشتراط الفورية.

. . . .

وَإِنْ قَالَ

وإن علم وهو غائب[١] أشهد على الطلب بها إن قدر[٢] **(وإن قال)**

---

(١) فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: إثبات الشفعة للغائب للعمومات ولقوله ﷺ: **«ينتظره بها وإن كان غائباً»**، ولأنها حق مالي متى وجد سببه وجب استيفاؤه.

وذهب إبراهيم النخعي وعثمان البتي وغيرهم: إلى عدم إثبات الشفعة للغائب؛ لكونه لا يطمئن إلى استمرار تملكه للشقص، فهو لا يتصرف فيه تصرف الملاك في أملاكهم تحسباً لانتزاعه بالشفعة ففيه ضرر عليه.

وأجيب: بأن ضرر المشتري يندفع بإيجاب قيمة ما يصلحه على الشفيع.

مسألة: تثبت الشفعة عند جمهور أهل العلم للصغير، والمجنون، والحمل، ويتولى أولياؤهم الأخذ بها؛ للعمومات.

(المبسوط: ١٤/ ٩١، ومواهب الجليل: ٥/ ٣٢٢، والمهذب: ٣/ ٤٨٠، والمغني: ٧/ ٤٦١).

(٢) **الشريك الغائب لكيفية مطالبته بالشفعه حالات:**

الأولى: أن يعلم بالبيع، فيشهد على شفعته، ويقدم للمطالبة، فتثبت شفعته اتفاقاً.

الثانية: أن يقدم للمطالبة دون إشهاد فالمذهب سقوط شفعته؛ لأن ترك الإشهاد بمنزلة ترك الطلب مع حضوره.

وعند الحنفية، والشافعية: عدم سقوط الشفعة؛ لأن ظاهر الحال أن قدومه لأجل الشفعة، وهذا أقرب إذ الأصل بقاؤها.

الثالثة: أن يعلم بالبيع، ولم يتمكن من القدوم أو التوكيل، وترك الإشهاد

. . . .

. . . .

. . . .

بلا عذر، فالمذهب ومذهب الشافعية: سقوط الشفعة، إذ الإشهاد يقوم مقام المطالبة، وقد تركه بلا عذر.

وعند الحنفية: عدم سقوط الشفعة؛ إذ الأصل بقاؤها.

الرابعة: أن يشهد على شفعته ولم يقدم مع تمكنه من القدوم؛ فالمذهب ومذهب الحنفية: عدم سقوط الشفعة إذ قد يلحقه كلفة بسبب السفر، ولوجود الإشهاد.

وعند الشافعية: تسقط الشفعة لأن ترك القدوم بمنزلة ترك الطلب. (المصدر السابق).

أما إذا كان الشريك غائباً ثم علم ببيع شريكه نصيبه فله أربع حالات:

الأولى: أن يعلم بالبيع، فيشهد على شفعته، ويقدمُ لمطالبة المشتري، فهو على شفعته.

الثانية: أن يعلم بالبيع ويقدم للمطالبة دون إشهاد، فالمذهب: سقوط الشفعة؛ لتركه الأشهاد، فهو كتارك الطلب مع حضوره.

وعند الحنفية والشافعية: عدم سقوط الشفعة؛ لأن ظاهر الحال أن سيره إنما كان لأجل الشفعة.

الثالثة: أن يعلم بالبيع، ولم يتمكن من القدوم، أو التوكيل، وترك الإشهاد بغير عذر.

فالمذهب ومذهب الشافعية: سقوط الشفعة، إذ الإشهاد قائم مقام الطلب، فيعتبر له ما يعتبر للطلب من المبادرة. =

. . . .

لِلْمُشْتَرِي: بِعْنِي، أَوْ صَالِحْنِي،

الشفيع (**للمشتري: بعني**) ما اشتريت[١]، (**أو صالحني**)[٢] سقطت

= وعند الحنفية: عدم سقوط الشفعة؛ إذ الأصل بقاؤها.

الرابعة: أن يعلم الشفيع، ويشهد على شفعته، ولم يقدم مع تمكنه من القدوم.

فمذهب الشافعية: سقوط الشفعة؛ إذ تركه القدوم بمثابة ترك الطلب.

وعند الحنفية والحنابلة: عدم سقوط الشفعة؛ لأنه ربما يلحق الشفيع ضرر بسبب كلفة السفر، وانقطاعه عن حوائجه.

إلا أن الحنفية جعلوا له من الأجل مقدار مسافة الطريق يتمكن فيها من الحضور.

(بدائع الصنائع: ٥/ ٢٤، والفتاوى الهندية: ٥/ ٦٧٤، وروضة الطالبين: ٥/ ١٠٨، والمغني: ٧/ ٤٦٤، والإنصاف: ٦/ ٢٦٤).

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية، ومذهب المالكية، وقول عند الشافعية؛ لأن هذا يدل على الرضا بالشراء، والرضا بالشراء يدل على تركه الأخذ بالشفعة.

وقول للشافعية: أن الشفعة لا تسقط بذلك؛ لأنه من باب التعريض، لا التصريح.

(بدائع الصنائع: ٥/ ١٩، والمعيار المعرب: ٨/ ٨٩، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٤٨٤، وروضة الطالبين: ٥/ ١٠٧، والمغني: ٧/ ٤٦٤).

(٢) إذا تصالح الشفيع والمشتري على أن يترك الشفيع شفعته مقابل عوض يدفعه له، فالمذهب، ومذهب الحنفية، وأحد الوجهين عند الشافعية: عدم صحة أخذ العوض، وسقوط الشفعة؛ لأن حق الشفعة معنى قائم لا=

أَوْ كَذبَ العَدْلَ، أَوْ طَلَبَ أَخْذَ البَعْضِ سَقَطَتْ

لفوات الفور، (**أو كذب العدل**) المخبر له بالبيع، سقطت لتراخيه عن الأخذ بلا عذر[١]، فإن كذب فاسقاً لم تسقط؛ لأنه لم يعلم الحال على وجهه[٢]، (**أو طلب**) الشفيع (**أخذ البعض**) أي بعض الحصة المبيعة (**سقطت**) شفعته[٣]؛ لأن فيه إضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة

= يجوز أخذ العوض عليه، ولأن طلب العوض دلالة على الرضا بالملك الحادث، وهو دليل الترك فتسقط الشفعة.

وعند المالكية، وهو قول عند الشافعية: يجوز أخذ العوض مقابل إسقاط الشفعة؛ لأن الشفعة حق من الحقوق، فجاز له بيع ذلك الحق بعد ثبوته.

(الهداية مع فتح القدير: ٧/ ٤٤٣، والمدونة: ٤/ ٢١٦، والتاج والإكليل مع مواهب الجليل: ٥/ ٣١٨، وروضة الطالبين: ٥/ ١١١، والإنصاف: ٦/ ٢٧٠).

(١) وهذا بناء على اشتراط الفورية، وتقدم.

(٢) ولأنه خبر لا يقبل في الشرع أشبه قول الطفل والمجنون.

(٣) وهذا هو المذهب؛ وبه قال محمد بن الحسن، وبعض الشافعية، لأنه تارك لطلب بعضها فتسقط، ويسقط باقيها؛ لأنها لا تتبعض.

وقال أبو يوسف: لا تسقط؛ لأن طلبه لبعضها طلب لجميعها لكونها لا تتبعض.

قال الحارثي: هذا ليس شرطاً لأصل استحقاق الشفعة، فإن أخذ الجميع أمر يتعلق بكيفية الأخذ، والنظر في كيفية الأخذ فرع استقراره. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/ ٤١٨).

. . . .

وَالشُّفْعَةُ لاثْنَيْنِ بِقَدْرِ حَقَّيْهِمَا،

عليه والضرر لا يزال بمثله[١]، ولا تسقط الشفعة إن عمل الشفيع دلالاً بينهما[٢] أو توكل لأحدهما[٣] أو أسقطها قبل البيع[٤].

(**والشفعة لـ**) شريكين (**اثنين بقدر حقيهما**)[٥]؛ لأنها حق يستفاد

---

(١) أي بالضرر، إذ الشفعة شرعت لدفع ضرر الشركة.

(٢) أي بين البائع والمشتري وهو السفير، فإذا بيع الشقص وتمّ العقد شفع؛ لأنه يصدق أنه واثبها.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥/٤٠٦): «وإن دلَّ في البيع أي صار دلالاً فهو على شفعته قولاً واحداً».

(٣) أي إذا توكل الشفيع للبائع أو للمشتري لم تسقط شفعته، فيشفع إذا تم العقد، وكذا لو ضمن للبائع الثمن؛ لأن ذلك سبب ثبوت الشفعة؛ فلا تسقط به إذا شفع بعد تمام العقد.

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأنه إسقاط حقٍّ قبل وجوبه فلم يصح.

وعن الإمام أحمد: ما يدل على سقوطها؛ لقوله ﷺ: «**فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به**» فمفهومه أنه إذا باع بإذنه فلا حق له ولقوله ﷺ: «**وإن شاء ترك**» فلابد أن يكون لتركه معنًى.

ورجحه شيخ الإسلام وابن القيم. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/٤٠٨).

(٥) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية، والشافعية؛ لما علل به المؤلف؛ ولأن الشفعة شرعت لدفع الضرر، ويتقدر الضرر على كل شريك بقدر نصيبه.=

فَإِنْ عَفَا أَحَدُهُمَا أَخَذَ الآخَرُ الكُلَّ أَوْ تَرَكَ،

بسبب الملك، فكانت على قدر الأملاك، فدار بين ثلاثة، نصف وثلث وسدس فباع ربُّ الثلث، فالمسألة من ستة، والثلث يقسم على أربعة، لصاحب النصف ثلاثة، ولصاحب السدس واحد، (**فإن عفا**[١] **أحدهما**) أي أحد الشفيعين (**أخذ الآخر الكل أو ترك**) الكل(١)؛ لأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري(٢)، ولو وهبها لشريكه أو غيره لم يصح(٣)، وإن كان أحدهما غائباً فليس للحاضر أن يأخذ

= وعند الحنفية والظاهرية: أن الشفعة توزع على مقدار الرووس، وليس على قدر الأنصباء؛ لأن علة الاستحقاق هي الملك وليس مقدار الملك، بدليل أن صاحب القليل إذا انفرد أخذ الكل، ولأن الشفعة تثبت بسبب المشاركة في العقار، وهم متساوون في ذلك السبب.

(المبسوط: ١٤/ ٩٨، والمدونة: ٤/ ٢٠٧، ومغني المحتاج: ٢/ ٣٠٥، والمغني: ٧/ ٥٠١، والمحلى: ٨/ ٩٨).

(١) وإن باع رب النصف فالمسألة من ثلاثة لصاحب الثلث سهمان، ولصاحب السدس سهم، وإن باع رب السدس، فالمسألة من خمسة لصاحب النصف ثلاثة، ولصاحب الثلث سهمان.

(الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/ ٤٢١).

(٢) باتفاق الأئمة، حكاه ابن المنذر إجماع من يحفظ قوله من أهل العلم.

(المصدر السابق: ١٥/ ٤٢٢).

(٣) أي بتبعيض الصفقة عليه، ولا يزال الضرر بالضرر.

---

[١] في / م، ف بلفظ: (معفا).

وَإِنِ اشْتَرَى اثْنَانِ حَقَّ وَاحِدٍ أَوْ عَكْسُهُ،

[إلا][١] الكل أو يترك(١)، فإن أخذ الكل ثم حضر الغائب قاسمه(٢).

(وإن اشترى اثنان حق واحد) فللشفيع أخذ حق أحدهما؛ لأن العقد مع اثنين بمنزلة عقدين(٣)(٤)، **(أو عكسه)** بأن اشترى واحد حق اثنين صفقة(٥) . . . .

---

(١) الكل دفعاً لتبعيض الصفقة على المشتري.

(٢) إن شاء، أو عفا فبقي الشقص للأول.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف.

ولأن من المشترين من قد ينتفع الشفيع بمشاركته، فلا يأخذ بالشفعة عليه، ويأخذ بها على من تسوء مشاركته.

وعند المالكية: أن الشفيع ملزم بأخذ الجميع أو الترك؛ لأن في أخذ البعض وترك البعض ضرراً يلحق المشترين بتفريق الصفقة عليهم.

(المبسوط: ١٤/١٠٤، وحاشية الدسوقي: ٣/٤٩٠، ونهاية المحتاج: ٥/٢١٣، والمبدع: ٥/٢١٥، والمحلى: ٩/٩٨).

(٣) وكذا العقد مع ثلاثة فأكثر؛ لأن كل عقد منها منفرد، وله أن يأخذ نصيبهم.

(٥) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية، والظاهرية، لما علل به المؤلف، ولأن الضرر قد يلحق الشفيع في أرض دون أخرى، فله أخذ التي يلحقه ضرر الشركة فيها دون غيرها. =

---

[١] ساقط من / س.

أَوْ اشْتَرَى وَاحِدٌ شِقْصَيْنِ مِنْ أَرْضَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ أَحَدِهِمَا ،

فللشفيع أخذ أحدهما[١]؛ لأن تعدد البائع كتعدد المشتري[٢]، (**أو اشترى واحد شقصين**) بكسر الشين أي حصتين (**من أرضين صفقة واحدة، فللشفيع أخذ أحدهما**) لأن الضرر قد يلحقه بأرض دون أرض[٣].

= وعند الحنفية والمالكية: أنه يلزم الشفيع أخذ جميع ما اشتملت عليه الصفقة أو ترك الشفعة؛ لأن في أخذ البعض وترك البعض ضرراً يلحق المشتري بتفريق الصفقة عليه. (المصادر السابقة).

(١) وله تركهما، وإن كان الشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر، فلهما أن يأخذا ويقسما الثمن على قدر القيمتين، وإن أخذ أحدهما دون الآخر جاز، ويأخذ شقص الذي في شركته بحصته من الثمن. (كشاف القناع ٤ / ١٥٠).

(٢) أي تعدد البائع في بيع سهم كتعدد المشتري في شراء سهم واحد لا فرق؛ لأن للشفيع أخذ نصيب أحدهما.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الشافعية؛ لما علل به المؤلف.

ولأن كلا من السهمين أو السهام مستحق بسبب آخر فجرى مجرى الشريكين أو الشركاء.

وعند الحنفية والمالكية: أنه يلزم الشفيع أن يأخذ الجميع، أو أن يدع الشفعة؛ لأن الإنسان قد يشتري دارين، ورغبته في إحداهما دون الأخرى، ففي أخذ الشفيع لإحداهما دون الأخرى ضرر يلحق المشتري.

(المبسوط: ١٤ / ١٥٩، والمدونة: ٤ / ٢١٤، ومواهب الجليل: ٥ / ٣٢٨، وروضة الطالبين: ٥ / ١٠٧، والمغني: ٧ / ٥٠٤، والإنصاف: ٦ / ٢٨١).

وَإِنْ بَاعَ شِقْصاً وَسَيْفاً، أَوْ تَلِفَ بَعْضُ المَبِيعِ فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ الشِّقْصِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ،

(**وإن باع شقصاً وسيفاً**) في عقد واحد، فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن؛ لأنه [تجب][١] فيه الشفعة إذا بيع منفرداً، فكذا إذا بيع مع غيره(١)، (**أو تلف بعض المبيع فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن**)(٢)؛ لأنه تعذر أخذ الكل فجاز له أخذ الباقي، كما لو أتلفه[٢] آدمي(٣)،

---

(١) إذ لا شفعة في السيف ونحوه على المذهب، وتقدم خلاف أهل العلم في حكم الشفعة في المنقول.

(٢) ظاهره: سواء تلف بعض المبيع بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي، وسواء تلف باختيار المشتري لنقضه البناء، أو بغير اختياره، مثل أن انهدم، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع، فليس للشفيع إلا أن يأخذه بجميع الثمن أو يترك.

(٣) إذا تلف بعض الشقص في يد المشتري قبل الأخذ بالشفعة، فلا يخلو التلف من أمرين:

الأول: أن يكون بغير فعل آدمي كانهدام بسبب سيل، أو فوت الزرع والغراس بسبب الجفاف، أو الريح، ونحو ذلك.

فالمذهب: أن الشفيع يأخذ ما تبقى من العين بقسطه من الثمن، ويسقط ما يساوي التالف منها؛ لأن في أخذه بكامل الثمن بذل جزء منه دون أن يكون له مقابل من العين.

وعند الحنفية، والمالكية، والشافعية: أن الشفيع يأخذ ما تبقى من العين بكل الثمن أو الترك في يد المشتري؛ لأن إسقاط ما تلف من العين بآفة سماوية يلحق الضرر بالمشتري بما لا إرادة له في فعله. =

---

[١] ساقط من / ف. [٢] في / هـ بلفظ: (لو اتلف).

وَلاَ شُفْعَةَ بِشَرِكَةِ وَقْفٍ،

فلو اشترى داراً بألف تساوي ألفين فباع بابها أو هدمها فبقيت بألف أخذها الشفيع بخمسمائة[١]، (**ولا شفعة بشركة وقف**)[٢] لأنه لا يؤخذ

= الثاني: أن يكون التلف بفعل آدمي، كأن يقوم المشتري بهدم العين، ونحو ذلك.

فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أن الشفيع يأخذ ما تبقى من العين بقسطه من الثمن، لما تقدم من التعليل في الأمر الأول.

وعند المالكية: يلزم الشفيع بأخذ ما تبقى من العين بثمن الكل أو الترك.

(المبسوط: ١٤/ ١١٢، والمدونة: ٤/ ٢١٣، ومواهب الجليل: ٥/ ٣٣١، والمهذب: ١٠/ ٣٧٨، والمغني: ٧/ ٤٧٨).

(١) بالقيمة من الثمن، والمراد بقوله: اشترى داراً أي شقصاً من دار من إطلاق الكل على البعض.

(٢) صورة المسألة: أن يكون بعض العين وقفاً، والبعض الآخر ملكاً مطلقاً، فبيع الملك الطلق، فهل تثبت الشفعة للوقف؟

فالمذهب، ومذهب الشافعية: أنه لا شفعة بشركة الوقف؛ لما علل به المؤلف، ولأن مستحق الوقف غير مالك له، والشفعة لا تثبت إلا بملك، أو أنه مالك له وملكه غير تام.

وعند المالكية: ثبوت الأخذ بالشفعة في شركة الوقف؛ لأن في ذلك إزالة الضرر عن الوقف الناتج بسبب سوء المشاركة أشبه مالك الطلق.

(التاج والإكليل: ٥/ ٣١١، وروضة الطالبين: ٥/ ٧٤، والمغني: ٧/ ٤٧٥، والمبدع: ٥/ ٢١٧).

وَلاَ غَيْرِ مِلْكٍ سَابِقٍ، وَلاَ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ،

بالشفعة(١)، فلا تجب به، ولأن مستحقه غير تام الملك، **(ولا)** شفعة أيضاً بـ **(غير ملك)** للرقبة **(سابق)**(٢) بأن كان شريكاً في المنفعة كالموصى له بها(٣)، أو ملك[١] الشريكان داراً صفقة واحدة، فلا شفعة لأحدهما على الآخر لعدم الضرر(٤)(٥)، **(ولا)** شفعة **(لكافر على مسلم)**(٦) لأن الإسلام يعلو ولا يعلى.

---

(١) أي لو بيع الوقف لأمر يقتضي ذلك فليس للشريك أن يشفع.

(٢) للبيع؛ لأن الشفعة إنما تثبت للشريك؛ لدفع الضرر عنه، وإذا لم يكن له ملك مشترك فلا ضرر عليه، فلا تثبت له الشفعة.

(٣) أي بالمنفعة في نحو دار فباع الورثة، فلا شفعة للموصى له بالمنفعة؛ لأنها لا تؤخذ بالشفعة، فلا تجب بها كالوقف.

(٤) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥/ ٤٤٣): «بلا نزاع».

(٥) لاستوائهما في المبيع في زمن واحد، فلا مزية لأحدهما على الآخر.

(٦) إجماع العلماء على ثبوت الشفعة للمسلم على الذمي، وللذمي على الذمي متى تحققت أسباب الشفعة، وقد اختلف العلماء في ثبوت الشفعة للكافر على المسلم: فالمذهب: عدم ثبوت الشفعة للكافر على المسلم، لما استدل به المؤلف؛ ولما يروى عن أنس مرفوعاً: «**لا شفعة لنصراني**» أخرجه ابن الجوزي في العلل المتناهية: ٢/ ١١٠، والبيهقي: ٦/ ١٠٩، من طريق نائل بن نجيح قال أبو حاتم: «هو مجهول» وقال أيضاً: «هو باطل بهذا الإسناد»، وقال ابن عدي: «أحاديثه مظلمة». =

---

[١] في / هـ بلفظ: (ملكه).

= (الجرح والتعديل: ٨/ ٥١٢، وميزان الاعتدال: ٤/ ٢٤٥).

واستدلوا أيضاً بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: **«لا تبدأوا اليهود والنصارى بالسلام، وإذا لقيتموهم في طريق فاضطروهم إلى أضيقها»** رواه مسلم، فدل الحديث على أن الذمي لا يترك له صدر الطريق فلم يجعل له حقًّا مماثلاً لحق المسلمين.

(ينظر أحكام أهل الذمة، لابن القيم: ١/ ٢٦٧).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الشفعة من حقوق الملك، لا من حقوق الملاك، وقد ثبت له الملك، فثبتت له الشفعة.

وعند جمهور أهل العلم: ثبوت الشفعة للكافر على المسلم؛ لعموم أدلة الشفعة السابقة، ولم تفرق بين المسلم وغيره من الشركاء.

وعللوا أيضاً: أن لأهل الذمة حقًّا في التملك، والشفعة بمنزلة الشراء.

ولأنه خيار جعل لدفع الضرر عن المال، فاستوى فيه الكافر والمسلم كالرد بالعيب، وهذا القول أقرب.

(المبسوط: ١٣/ ٩٩، ومواهب الجليل: ٥/ ٣١١، وروضة الطالبين: ٥/ ٧٢، والإنصاف: ٦/ ٣١٢، والمحلى: ٩/ ٩٤، وأحكام أهل الذمة لابن القيم: ١/ ٢٦٧، ونيل الأوطار: ٨/ ٧٦).

* * *

فَصْلٌ

وَإِنْ تَصَرَّفَ مُشْتَرِيهِ بِوَقْفِهِ أَوْ هِبَتِهِ، أَوْ رَهْنِهِ لاَ بِوَصِيَّةٍ سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ،

فصل(١)

(**وإن تصرف مشتريه**) أي مشتري شقص ثبتت[١] فيه الشفعة (**بوقفه أو هبته أو رهنه**) أو صدقة به(٢) (**لا بوصية، سقطت الشفعة**) لما فيه من الإضرار بالموقوف عليه والموهوب له ونحوه؛ لأن ملكه بغير عوض.

---

(١) أي في حكم تصرف المشتري في المبيع، ونمائه، وثمنه، وعهدته، وغير ذلك.

(٢) تصرفات المشتري بالعين لا تخلو من أمرين:

الأول: أن يكون التصرف تصرفاً لا يجوز فيه الأخذ بالشفعة كوقف العين، أو هبتها، أو الصدقة بها ونحو ذلك، فالمذهب: أن ذلك يسقط الشفعة؛ لما علل به المؤلف.

وعند جمهور العلماء: أن هذه التصرفات لا تسقط حق الشفعة، وللشفيع إبطال ما لا يستحق بالشفعة كالوقف، والهبة بلا عوض، والوصية والصدقة ...؛ لأن حق الشفيع ثبت ببيع الشريك، فهو أسبق من تصرف المشتري بالعين، فإن تصرفه يقع على شيء قد تعلق به حق للغير، وهذا القول أقرب.

(المبسوط: ١٤/١١٣، والمدونة: ٤/٢١٢، ومغني المحتاج: ٥/٢٠٨، والإنصاف: ٦/٢٨٥).

---

[١] في / ف ، هـ بلفظ: (ثبت).

وَبِبَيْعٍ فَلَهُ أَخْذُهُ بِأَحَدِ البَيْعَيْنِ،

ولا تسقط الشفعة بمجرد الوصية [١][به قبل قبول الموصى له بعد موت الموصي لعدم لزوم الوصية(١). (و)][١] إن تصرف المشتري فيه (**ببيع فله**)(٢) أي الشفيع (**أخذه بأحد البيعين**) لأن سبب الشفعة الشراء، وقد وجد في كل منهما(٣)، ولأنه شفيع في العقدين(٤)، فإن أخذ بالأول رجع

---

(١) وتبطل بأخذ الشفيع، ويستقر الأخذ له؛ لسبق حقه على حق الموصى له، ويدفع الثمن إلى الورثة، وإن كان الموصى له قَبِل قبل أخذ الشفيع أو طلبه سقطت؛ لأن في الشفعة إضراراً بالموصى له؛ لزوال ملكه عنه بغير عوض.

(٢) **الحال الثانية**: أن يكون تصرف المشتري بالعين مما يؤخذ فيه بالشفعة كالبيع، وما في معناه، فلا يخلو من أمرين:

الأول: أن يكون قبل المطالبة بالشفعة، فتصرفه صحيح؛ لأنه حصل في ملكه، فإذا طالب الشفيع بالشفعة فإن شاء أخذ بالبيع الأول الذي استحق بموجبه الشفعة، وإن شاء أخذ بالبيع المتأخر، قال ابن قدامة في المغني (٨/ ٤٦٥): «ولا نعلم في هذا خلافاً، وبه يقول مالك، والشافعي، والعنبري، وأصحاب الرأي، وما كان في معنى البيع مما تجب به الشفعة، فهو كالبيع فيما ذكرنا».

الثاني: أن يكون التصرف بعد المطالبة بالشفعة، فإنه يكون معتدياً في حق الغير؛ لأنه تصرف فيما هو مستحق لغيره، وللشفيع نقض هذا التصرف وإبطاله. (المصادر السابقة).

(٣) أي وجد السبب في الشراء الأول، وفي الشراء الثاني فله الأخذ بأحدهما.

(٤) أي فاستويا في جواز أخذه بأيهما شاء.

[١-١] ساقط من / س.

. . . .

الثاني على بائعه بما دفع له؛ لأن العوض لم يسلم له[(١)]، وإن أجره فللشفيع أخذه، وتنفسخ به الإجارة[(٢)]، هذا كله إن كان التصرف قبل الطلب؛ لأنه ملك المشتري[(٣)]، وثبوت حق التملك للشفيع [١][لا يمنع من تصرفه[(٤)]، وأما تصرفه بعد الطلب فباطل؛ لأنه ملك الشفيع][١] إذاً[(٥)].

---

(١) أي لم يسلم الشقص للمشتري الثاني.

(٢) وهذا هو المذهب.

والوجه الثاني: أن الإجارة لا تنفسخ، ويستحق الشفيع الأجرة من يوم أخذ؛ لأنه صار ملكه بأخذه.

والوجه الثالث: للشفيع الخيار بين فسخ الإجارة وتركها، قال ابن رجب في القاعدة (٣٦): «وهو ظاهر كلام القاضي في خلافه في مسألة إعارة العارية، قال: وهو أظهر».

قال الحارثي: ويتخرج من الوجه الذي نقول: تتوقف صحة الإجارة على إجازة البطن الثاني في الوقف إجازة الشفيع هنا إن أجاز صح وإلا بطل حقه بالأولى قال: وهذا أقوى. (الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥ / ٤٦٠).

(٣) فصح تصرفه، وقبضه له، ولم يبق إلا أن الشفيع ملك أن يتملكه عليه.

(٤) كما لو كان أحد العوضين في المبيع معيناً لم يمنع التصرف في الآخر، والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وإن كان الواهب ممن له الرجوع فيه.

(٥) لانتقاله إليه بالطلب.

[١-١] ساقط من / ش.

وَلِلْمُشْتَرِي الغَلَّةُ والنَّمَاءُ المُنْفَصِلُ وَالزَّرْعُ وَالثَّمرَةُ الظَّاهِرَةُ،

(**وللمشتري الغلة**) الحاصلة قبل الأخذ[١]، (**و**) له أيضاً (**النماء المنفصل**)[٢] لأنه من ملكه والخراج بالضمان[٣]، (**و**) له أيضاً (**الزرع والثمرة الظاهرة**) أي المؤبرة[٤] لأنه ملكه، ويبقى إلى الحصاد والجذاذ؛ لأن ضرره لا يبقى ولا أجرة عليه[٥].

---

(١) أي قبل الأخذ بالشفعة كأجرة وثمرة.

(٢) كولد الدآبة الحاصل قبل الأخذ بالشفعة.

(٣) أي لأن الغلة الحاصلة قبل الأخذ، والنماء المنفصل قبله ملك للمشتري، وفي حديث عائشة رضي الله عنه: «**الخراج بالضمان**» أي مستحق به.

(٤) وفي الإنصاف مع الشرح (١٥ / ٤٦٠): «مفهوم قوله: أو ثمرة ظاهرة: أن ما لم يظهر يكون ملكاً للشفيع، وهو كذلك، قاله الأصحاب».
فائدة: لو تأبر الطلع المشمول بالبيع في يد المشتري كانت الثمرة له على الصحيح من المذهب ... وفي وجه آخر: هي للشفيع» ا.هـ.

(٥) وهذا هو المذهب؛ ومذهب الشافعية؛ لأنه زرع في ملكه أشبه ما لو قام الشفيع بشراء الأرض، وفيها زرع.
وعند المالكية: إن أخذ الشفيع بشفعته في موسم زراعة الأرض فيلزم المشتري أن يدفع الأجرة للشفيع، وإن أخذ في غير موسم زراعة الأرض فلا أجرة له.
(المدونة: ٤ / ٢٢٠، والكافي لابن عبدالبر: ٢ / ٨٦٥، والمنتقى: ٦ / ٢٠٣).
وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥ / ٤٦٠): «وهذا هو المذهب ... وقيل: تجب في الزرع الأجرة من حين أخذ الشفيع، قال ابن رجب: وهو أظهر، قلت: وهو الصواب».

. . . .

فَإِن بَنَى أَوْ غَرَسَ فَلِلشَّفِيعِ تَمَلُّكُهُ بِقِيمَتِهِ

[وعلم][١] منه أن النماء المتصل[٢]، كالشجر إذا كبر والطلع إذا لم يؤبر يتبع في الأخذ بالشفعة كالرد بالعيب(١)، (**فإن بنى**) المشتري (**أو غرس**) في حال يعذر فيه الشريك بالتأخير(٢)، بأن قاسم المشتري وكيل الشفيع. أو رفع الأمر للحاكم فقاسمه(٣) أو قاسم الشفيع لإظهاره[٣] زيادة في الثمن ونحوه(٤) ثم غرس أو بنى(٥)، (**[فللشفيع] تملكه بقيمته**) دفعاً للضرر، فتقوم الأرض مغروسة أو مبنية ثم تقوم خالية منهما(٦)، فما

(١) أي كما يتبع النماء المتصل في الرد بالعيب والخيار والإقالة، فيأخذ الشفيع الشقص بنمائه المتصل لتبعيته له، وعدم تميزه، وهذا هو المذهب، إذ النماء المتصل يتبع العين، والنماء المنفصل يتبع المالك، وتقدم عدم الفرق بين النماءين كما في باب الخيار.

(٢) لغيبة أو صغر، أو غير ذلك.

(٣) أي قاسم المشتري لغيبة الشفيع أو لصغره، ثم قدم الغائب، وبلغ الصغير لم تسقط الشفعة؛ لأن ترك الشفيع الطلب بها ليس لإغراضه عنها. (الإقناع مع شرحه ٤ /١٥٧).

(٤) كإظهاره أن الشقص موقوف عليه، أو موهوب له، أو أن الشراء لغيره فترك الشفعة لذلك.

(٥) فيما ظهر له في القسمة.

(٦) أي من الغراس والبناء.

[١] ساقط من / س.

[٢] في / ف بلفظ: (المنفصل).

. . . .

بينهما فهو قيمة الغراس والبناء[١].

---

(١) فالمذهب، وهو مذهب المالكية، والشافعية: أن المشتري مخير بين أخذ ما بناه أو غرسه وبين إبقائه، فإن اختار أخذه فله ذلك، فإن لم يرغب في أخذه، خير الشفيع بين ثلاثة أمور:

(أ) أن يأخذ العين بثمنها، والبناء والغراس بقيمته.

(ب) أن يطلب من المشتري إزالة ما أحدثه، ويكلف الشفيع بدفع ما نقص من قيمته بعد القلع.

(جـ) أن يترك الشفيع شفعته؛ لحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه مرفوعاً: «**لا ضرر ولا ضرار**» والضرر لا يزول عن الشفيع والمشتري على حد سواء إلا بهذه الأشياء.

ولأن المشتري بنى وغرس في ملكه، فلا يكلف قلعه، وأيضاً في إلزامه بقلع ما بناه ضرر عليه.

وعند الحنفية: أن الشفيع مخير بين أخذ ما أحدثه المشتري بالقيمة إذا كان في القلع نقصان الأرض، أو تكليف المشتري بقلع ما أحدثه في العين؛ لأن المشتري بنى وغرس في ملك تعلق به حق للغير، فينقض كالمرتهن إذا بنى في المرهون.

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن غرس المشتري وبناءه تمَّ في ملكه، فهو مأذون له فيه، بخلاف بناء المرتهن وغرسه.

(فتح القدير: ٧ / ٤٣١، وشرح منح الجليل: ٣ / ٦١٣، والمهذب: ١ / ٣٨٢، والإنصاف: ٦ / ٢٩٢). =

. . . .

وَقَلْعُهُ، وَيَغْرَمُ نَقْصَهُ، وَلِرَبِّهِ أَخْذُهُ بِلاَ ضَرَرٍ،

(و) للشفيع (**قلعه ويغرم نقصه**) أي ما نقص من قيمته بالقلع لزوال الضرر به، فإن أبى فلا شفعة[١]، (**ولربه**) أي رب الغراس أو البناء (**أخذه**) ولو اختار الشفيع تملكه بقيمته[٢] (**بلا ضرر**) يلحق الأرض بأخذه[٣]، وكذا مع ضرر، كما في «المنتهى»[٤] وغيره[٥]، لأنه ملكه، والضرر لا يزال بالضرر[٦].

= فإن كان تصرف المشتري في الأرض مما لا يدوم كالزراعة، فباتفاق الفقهاء: أن المشتري لا يؤمر بإزالة الزرع من الأرض إذا طالب الشفيع بذلك إلا مع ضمان النقص، ولكن هل للشفيع حق الأجرة منذ أخذه بالشفعة إلى وقت الحصاد؟ يأتي قريباً.

(١) أي فإن أبى الشفيع عن دفع غرامة ما نقص بالقلع فلا شفعة له؛ لأنه مضار.

(٢) لأنه ملك المشتري، ولا يضمن ما نقص بقلع غراسه أو بنائه، لانتفاء عدوانه وليس عليه تسوية الحفر. (كشاف القناع ٤ /١٥٧).

(٣) أي الغراس والبناء.

(٤) ١ / ٥٣٢.

(٥) كالإقناع (الإقناع مع شرحه٤ /١٥٧) لأنه تخليص عين ماله مما كان حين الوضع في ملكه.

(٦) أي الضرر الحاصل على الشفيع بقلعه لا يزال بالضرر الحاصل على المشتري بتملك غرسه وبنائه بغير اختياره.

وَإِنْ مَاتَ الشَّفِيعُ قَبْلَ الطَّلَبِ بَطَلَتْ، وَبَعْدَهُ لِوَارِثِهِ،

(**وإن مات الشفيع قبل الطلب بطلت**) الشفعة لأنه نوع خيار للتمليك أشبه خيار القبول[١]، (**و**) إن مات (**بعده**) أي بعد الطلب ثبت (**لوارثه**)[٢][٣] لأن الحق قد تقرر بالطلب، ولذلك لا تسقط بتأخير

---

(١) فإنه لو مات من يريد القبول بعد إيجاب صاحبه البيع لم يقم وارثه مقامه في القبول.

(٢) كلهم على قدر إرثهم، وليس لهم إلا أخذ الكل أو تركه، وإن ترك بعضهم توفر للباقين. (ينظر كشاف القناع ٤ /١٥٨).

(٣) وهذا هو المذهب؛ وهو قول الظاهرية: أن حق الشفعة لا يورث إذا مات الشفيع قبل المطالبة به، أما إذا طالب الشفيع بحقه قبل موته فيثبت الحق لورثته؛ لما علل به المؤلف، ولأن الشفعة حق للشفيع، فلا يثبت بدون مطالبته.

ولأن المطالبة بالشفعة إنما تكون على الفور، وفي موته قبل المطالبة بها احتمال بترك المطالبة، وما كان موضع شك فلا ينتقل إلى الورثة.

ونوقش: بعدم تسليم وجوب المطالبة بالشفعة على الفور كما تقدم.

وعند الحنفية: يسقط حق الشفعة بموت الشفيع؛ لأن السبب الذي يأخذ به الشفيع هو تملكه للعين المشفوع بها، فإذا مات زال تملكه.

ونوقش: بأن الشفعة ثابتة للشفيع قبل موته، فلا تسقط بموت مستحقها.

وعند المالكية والشافعية: أن حق الشفعة لا يسقط بموت الشفيع مطلقاً سواء طالب بها قبل موته أو لم يطالب، فيورث عنه؛ لأن الشفعة خيار=

وَيَأْخُذُ بِكُلِّ الثَّمَنِ،

الأخذ بعده[١]، **(ويأخذ)** الشفيع الشقص **(بكل الثمن)** الذي استقر عليه العقد[٢] لحديث جابر: «**فهو أحق به بالثمن**»[٣] رواه أبو إسحاق

= يثبت لدفع الضرر عن المال، فيورث عن الشفيع كالرد بالعيب.
ولأن الشفعة حق يثبت قبضه بعقد البيع، فينتقل استحقاق قبضه إلى الورثة كقبض المبيع إذا مات المشتري، وهذا أقرب الأقوال.
(اللباب: ١/١٣٣، وفتح القدير: ٧/٤٤٦، والمدونة: ٤/٢١٦، وبداية المجتهد: ٢/١٩٨، والمهذب: ٢/٣٨٣، والمبدع: ٥/٢٢٢، والمحلى: ٩/٩٦).

(١) أي بعد الطلب بالشفعة.

(٢) قدراً وجنساً ووصفاً، وتقدم الكلام عليه أول الباب عند قول المؤلف: «وهي استحقاق الشريك انتزاع حصته شريكه ... بثمنه الذي استقر عليه العقد».

(٣) أخرجه الإمام أحمد في المسند: (٣/٣١٠، ٣٨٢) - من طريق أبي الزبير عن جابر بن عبدالله مرفوعاً، ولفظه: «**أيما قوم كانت بينهم رباعة أو دار فأراد أحدهم أن يبيع نصيبه فليعرضه على شركائه فإن أخذوه فهم أحق به بالثمن**» وأبو الزبير مدلس، وقد رواه بالعنعنة، لكن صرح بالسماع في رواية ابن جريج عنه عند مسلم في صحيحه (٣/١٢٢٩) - المساقاة - (ح ١٣٥)، وأبو داود في السنن: (٣/٧٨٣-٧٨٤) - البيوع - باب في الشفعة - (ح ٣٥١٣)، والنسائي في المجتبى: (٧/٣٠١) - البيوع - باب بيع المشاع (ح ٤٦٤٦) - كما أن ابن جريج صرح بالسماع من أبي الزبير.

. . . .

فَإِنْ عَجَزَ عَنْ بَعْضِهِ سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ،

الجوزجاني[١] في «المترجم».

(**فإن عجز عن**) الثمن أو (**بعضه سقطت شفعته**)[٢] لأن في أخذه بدون دفع كل الثمن إضراراً بالمشتري، والضرر لا يزال بالضرر[٣]، وإن أحضر[١] رهناً أو كفيلاً لم يلزم المشتري قبوله[٤]، وكذا لا يلزمه قبول عوض عن الثمن، وللمشتري حبسه على ثمنه[٥]، قاله في «الترغيب» وغيره[٦]؛ لأن الشفعة قهري[٢] والبيع عن رضى، ويمهل إن تعذر[١]

---

(١) أبو إسحاق الجوزجاني: اسمه إبراهيم بن يعقوب بن إسحاق السعدي نسبة إلى جوزجان بخراسان، توفي عام (٢٩٩هـ).

(٢) أي وإن عجز شفيع عن ثمن الشقص المشفوع بعد الإنظار كما سيأتي، أو عن بعض ثمنه سقطت شفعته بلا حكم حاكم؛ لتعذر وصول المشتري إلى الثمن.

(٣) أي ضرر الشفيع لا يزال بالضرر الحاصل على المشتري بتسليمه الشقص بدون كل الثمن أو بعضه. (ينظر الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥ / ٤٨١).

(٤) لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن، فلم يلزم المشتري ذلك، كما لو أراد تأخير ثمن حالٍ.

(٥) لأنها معاوضة فلم يجبر عليها. (المغني: ٧ / ٤٨٤).

(٦) كابن قدامة. (المصدر السابق).

---

[١] في / ف بلفظ: (حضر).

[٢] في / س بلفظ: (قهر).

وَالـمُؤَجَّلُ يَأْخُذُ الـمَلِيءُ بِهِ وَضِدِّهِ،

في الحال ثلاثة أيام(١).

(و) الثمن (**المؤجل يأخذ**) الشفيع (**المليء به**) لأن الشفيع يستحق الأخذ بقدر الثمن(٢) وصفته والتأجيل من صفته(٣)، (**وضده**)

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعي؛ لأنها آخر حد القلة.
وعن الإمام أحمد، وبه قال الإمام مالك: بقدر ما يرى الحاكم.
قال المرداوي: «وهذا هو الصواب في وقتنا هذا، فإذا مضى الأجل فسخ المشتري على الصحيح من المذهب ... قال الحارثي: هو أصح ... وقيل: إنما يفسخه الحاكم» (المغني: ٧ / ٤٨٥، والإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥ / ٤٨٠).

(٢) فهو تابع للمشتري فيه، وفي الحلول زيادة على التأجيل، فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر.

(٣) إذا كان الثمن حالاً فلا خلاف بين العلماء أنه يلزم الشفيع أن يأخذ بالثمن الحال، وإنما اختلف العلماء في الثمن المؤجل:
فالمذهب ومذهب المالكية: أن الشفيع يأخذ المبيع بما أخذ به المشتري على أجله إذا كان الشفيع مليئاً، أو كفله مليء، وزاد المالكية: أو أتى برهن ثقة، فإن لم يكن الشفيع موسراً ولم يضمنه مليء طولب بتعجيل الثمن، وإلا سقطت الشفعة؛ لما علل به المؤلف.
وعند الحنفية، وهو المصحَّحُ عند الشافعية: أن الشفيع يخير بين التعجيل وأخذ المبيع، أو الانتظار إلى حلول الأجل، وليس له الحقُّ في أخذ المبيع بالأجل، وعللوا: بأن قبول البائع بذمة المشتري لا يلزم معه =

---

[١] في / م بلفظ: (تذر).

بِكَفِيلٍ مَلِيءٍ، وَيُقْبَلُ فِي الـخُلْفِ مَعَ عَدَمِ البَيِّنَةِ

أي ضد المليء وهو المعسر[١] يأخذ إذا كان الثمن مؤجلاً **(بكفيل مليء)** دفعاً للضرر[٢]، وإن لم يعلم الشفيع حتى حل فهو كالحال[٣].

(ويقبل في الخلف) في قدر [الثمن][١] **(مع عدم البينة)** لواحد

= قبول المشتري بذمة الشفيع؛ لأن الذمم تتفاوت في الملء والإعسار، والمعاملة.

ولأن في إلزام الشفيع بتعجيل الثمن ضرراً عليه؛ لأن الأجل يقابله قسط بالزيادة في الثمن.

وعند الظاهرية: أن الشفيع يأخذ الشقص بأجله مطلقاً؛ لحديث جابر رضي الله عنه قال: «**قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به**» رواه مسلم، فالنبي ﷺ قدم الشفيع على المشتري، وجعله أولى بالمبيع دون تقيده بشيء.

ونوقش: بأن المراد الشفيع القادر على سداد الثمن، وفي تسليم المبيع إلى الشفيع دون ضامن مليء يضمن حق المشتري فيه ضرر على المشتري.

(المبسوط: ١٤/١٠٣، والتاج والإكليل: ٥/٣١٦، والمهذب: ١/٣٧٩، والمغني: ٧/٤٨٢، والإنصاف: ٦/٣٠١).

(١) وهو المفتقر الذي لا يقدر على الأداء.

(٢) أي ضرر المشتري، وإنما اعتبرت الملاءة في الشفيع، أو الضامن لحفظ حق المشتري.

(٣) أي فهو كالثمن الحال ابتداء.

---

[١] ساقط من / س.

قَوْلُ الـمُشْتَرِي، فَإِنْ قَالَ: اشْتَرَيْتُهُ بِأَلْفٍ أَخَذَ الشَّفِيعُ بِهِ، وَلَوْ أَثْبَتَ البَائِعُ أَكْثَرَ،

منهما (**قول المشتري**)(١) مع يمينه لأنه العاقد، فهو أعلم بالثمن، والشفيع ليس بغارم لأنه لا شيء عليه(٢)، وإنما يريد تملك الشقص بثمنه(٣)، بخلاف الغاصب ونحوه(٤)، (**فإن قال**) للمشتري: (**اشتريته بألف، أخذه**[١] **الشفيع به**) أي بالألف، (**ولو أثبت البائع**) أن البيع[٢] (**بأكثر**) من الألف مؤاخذة للمشتري بإقراره(٥)، فإن قال: غلطت، أو

(١) وهذا باتفاق الأئمة؛ لما علل به المؤلف.
(مختصر اختلاف العلماء: ٤/٢٢٧، والمعونة: ٢/١٢٨٢، والحاوي: ٩/٢٨، وروضة الطالبين: ٥/٩٦، ومعونة أولي النهي: ٥/٤٦٦).
ما لم يدع المشتري ثمناً يكذبه الحس.
(المنتقى: ٦/٢٠٥، والذخيرة: ٧/٣٣٥).
(٢) ولأن الشقص ملكه، فلا ينزع عنه بالدعوى بغير بينة.
(٣) فلا يقبل قوله بدون بينة.
(٤) كالمتلف والمعتق.
وإن كان للشفيع أو المشتري بينة؛ حكم بها، ولا حاجة إلى اليمين، وإن أقام كل منهما بينة قدمت بينة الشفيع؛ لأنها بمنزلة بينة الخارج، وقال الموفق: ويحتمل أن يقرع بينهما. (المغني ٧/٤٨٩).
(٥) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٥/٤٩٢): «وجملة ذلك أن للشفيع أن يأخذه بما قال المشتري؛ لأن المشتري مقرٌّ باستحقاقه بألف ويدعى أن البائع ظلمه، وبهذا قال الشافعي. =

[١] في / هـ، س بلفظ: (أخذ). [٢] في / هـ بلفظ: (المبيع).

وَإِنْ أَقَرَّ البَائِعُ بِالبَيْعِ وَأَنْكَرَ المُشْتَرِي وَجَبَتْ،

كذبت أو نسيت لم يقبل(١)، لأنه [رجوع][١] عن إقراره، ومن ادعى على إنسان شفعة في شقص فقال: ليس لك ملك في شركتي فعلى الشفيع إقامة البينة بالشركة(٢)، ولا يكفي مجرد وضع اليد، **(وإن أقر البائع بالبيع)** في الشقص المشفوع **(وأنكر المشتري)** شراءه **(وجبت)** الشفعة(٣)؛ لأن البائع أقر بحقين: حق للشفيع وحق للمشتري، فإذا سقط

= وقال أبو حنيفة: إن حكم الحاكم بألفين أخذه الشفيع بهما؛ لأن الحاكم إذا حكم عليه بالبينة بطل قوله».

(١) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

والوجه الثاني: يقبل قوله، قال القاضي: هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المرابحة بثمن، ثم قال: غلطت والثمن أكثر قبل قوله مع يمينه بل ههنا أولى؛ لأنه قد قامت البينة بكذبه، وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب» (المصدر السابق).

(٢) هذا هو المذهب، وبه قال الحنفية، والشافعي؛ لأن الملك لا يثبت بمجرد اليد وإذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت، ومجرد الظاهر لا يكفي.

وقال أبو يوسف: إذا كانت في يده استحق الشفعة به؛ لأن الظاهر من اليد الملك. (المصدر السابق).

(٣) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الحنفية، والمصحح عند الشافعية؛ لما علل به المؤلف، ولأن البائع يقر للشفيع باستحقاق المشفوع فيه، والشفيع =

---

[١] في / م ، ف بلفظ: (لا رجوع).

وَعُهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الـمُشْتَرِي، وَعُهْدَةُ

حقه بإنكاره ثبت حق الآخر(١)، فيقبض[١] الشفيع من البائع ويسلم إليه الثمن(٢) ويكون ذرك الشفيع على البائع(٣)، وليس له ولا للشفيع محاكمة المشتري(٤) (**وعهدة**(٥) **الشفيع على المشتري وعهدة المشتري**

= يدعي ذلك فوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه.

وعند المالكية: أن الشفيع ليس له الأخذ بالشفعة؛ لأن الشفعة فرع للبيع، ولم يثبت فلا يثبت فرعه.

(بدائع الصنائع: ٥ / ٣١، والإشراف: ٢ / ٥٢، والحاوي: ٩ / ٩٠، والمغني: ٧ / ٤٥٢، والمحرر: ٢ / ٣٦٧).

(١) وهو الشفيع.

(٢) لاعترافه بالبيع، وذلك إن لم يكن البائع مقرًّا بقبضه من المشتري، وإلا بقي في ذمة الشفيع إلى أن يدعيه المشتري؛ لأنه لا مستحق له غيره. (الإقناع مع شرحه ٤ / ١٦٣).

(٣) لأن القبض منه، ولم يثبت الشراء في حق المشتري.

(٤) يعني لإثبات البيع في حقه؛ لعدم الحاجة إليه، ولوصول كل منهما إلى مقصوده بدون محاكمة. (الإقناع مع شرحه ٤ / ١٦٣).

(٥) العهدة مشتقة من العهد، وهو الميثاق واليمين، ويقال: لا عهدة أي: لا رجعة. (ينظر: لسان العرب: ٢ / ٩١٤).

والمراد هنا: ضمان العوض في البيع إذا تبين أن العين مستحقة للغير.

(حاشية الدسوقي: ٣ / ٤٩١).

---

[١] في / م، ف بلفظ: (فقبض).

الـمُشْتَرِي عَلَى البَائِعِ.

على البائع)(١) في غير الصورة الأخيرة(٢)، فإذا ظهر الشقص مستحقًّا أو معيباً رجع الشفيع على المشتري بالثمن أو بأرش العيب(٣)، ثم يرجع المشتري على البائع(٤)، فإن أبى المشتري قبض المبيع أجبره

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو مذهب المالكية، والشافعية؛ لأن الشفيع كما استحق المشتري الرد بالعيب على البائع.
وعند الحنفية: أن عهدة الشفيع تكون على من بيده المبيع، فإن كان في يد البائع قبضه الشفيع منه، ونقده الثمن إن لم يكن نقده المشتري، وإن كان المبيع في يد المشتري نقده الثمن، وتكون عهدته على المشتري؛ لأن حق الشفيع في الشقص يثبت بالبيع قبل تملك المشتري له، بدليل أن الشفعة لا تسقط بإقرار البائع، وإنكار المشتري.
(المبسوط: ١٤/ ١٠٢، وحاشية ابن عابدين: ٥/ ١٤٥، ومواهب الجليل: ٥/ ٣٢٩، والكافي: ٢/ ٦٨٤، والمهذب: ١/ ٣٨٢، والمغني: ٧/ ٥٠٨، والإنصاف: ٦/ ٣١١).

(٢) وهي ما إذا أقر البائع وحده بالبيع، وأنكر المشتري الشراء، وأخذ الشفيع الشقص من البائع فالعهدة عليه.

(٣) يعني إذا ظهر الشقص معيباً، واختار الشفيع الإمساك مع الأرش إن قيل به، ورجع بأرش العيب على المشتري.

(٤) بالثمن إن بان مستحقًّا أو مبيعاً، أو بالأرش إن بان معيباً، واختار الإمساك مع الأرش سواء قبض الشقص من المشتري، أو من البائع، وإن لم يأخذ الشفيع أرشه من المشتري؛ فلا شيء للمشتري على البائع.

. . . .

. . . .

الحاكم[١].

ولا شفعة في بيع خيار قبل انقضائه[٢] ولا في أرض السواد ومصر

---

(١) أي فإن أبى المشتري قبض المبيع ليسلمه للشفيع خوف العهدة أجبره الحاكم؛ لوجوب القبض عليه ليسلمه للشفيع؛ لأنه يشتريه منه، فلا يأخذه من غيره، هذا هو المذهب.

واختار الموفق: أن يأخذه الشفيع من يد البائع، وقال أبو الخطاب: قياس المذهب: أن يأخذ الشفيع من يد البائع، ويكون كأخذه من يد المشتري، وهو قول أبي حنيفة؛ لأن العقد يلزم في بيع العقار قبل قبضه، ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه، ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد، فكان كما لو قبضه، وصححه الحارثي.

(المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف: ١٥ / ٥١٧).

(٢) إن كان الخيار للبائع، أو للبائع والمشتري فلا تثبت الشفعة بسبب وجود خيار البائع، وخيار البائع يمنع زوال ملكه عن المبيع.

قال ابن رشد في بداية المجتهد (٢ / ١٩٥): «واتفق العلماء على أن المبيع الذي بيع بالخيار أنه إذا كان الخيار فيه للبائع أن الشفعة لا تجب حتى يجب البيع».

أما إذا كان الخيار للمشتري: فالمذهب، ومذهب المالكية: عدم ثبوت الشفعة؛ لأن القول بإثبات الشفعة زمن خيار المشتري إلزام له بعقد البيع دون رضاه، مما يوجب عليه عهدة الشفيع، وحينئذ يفوت عليه الرجوع في عين الثمن الذي دفعه، أو أن الملك لم يستقرَّ في ملك المشتري. =

. . . .

. . . .

والشام[١]، لأن عمر وقفها، إلا أن يحكم ببيعها حاكم[٢] أو يفعله الإمام أو نائبه؛ لأنه مختلف فيه[٣]، وحكم الحاكم ينفذ فيه[٤].

* * *

= وعند الحنفية والشافعية: ثبوت الشفعة في المبيع زمن خيار الشرط للمشتري؛ لأن حق الشفعة إنما يثبت بانقطاع ملك البائع عن المبيع.
(المبسوط: ١٤ / ١٤٢، والشرح الكبير للدردير وحاشيته: ٣ / ٤٧٥، والمهذب: ١ / ٣٧٨، والإنصاف: ٦ / ٣٠٨، ومطالب أولي النهى: ٤ / ١٤٢).

(١) وهذا هو المذهب؛ لعدم جواز بيعها على المذهب، وتقدم في أول كتاب البيع جواز البيع، قال الحارثي: «يخرج على القول بجواز الشراء ثبوت الشفعة؛ لأنها فرع عنه. (الإنصاف ٦ / ٣٠٨).

(٢) أي فتثبت الشفعة فيما حكم ببيعها حاكم من أوقاف عمر رضي الله عنه وغيرها.

(٣) أي بيع أرض السواد، وتقدم أول كتاب البيع.

(٤) وحكم الحاكم يرفع الخلاف، وكذا كل حكم مختلف فيه.

* * *

. . . .

بَابُ الوَدِيعَةِ(١)

من ودع الشيء: إذا تركه، لأنها متروكة عند المودع(٢). والإيداع توكيل في الحفظ تبرعاً. والاستيداع توكل[١] فيه كذلك(٣).

---

(١) أي: باب ذكر أحكام الوديعة.

(٢) قال ابن فارس كما في «معجم مقاييس اللغة» (٦ / ٩٦): «والواو والدال والعين أصل واحد يد على الترك والتخلية».

(٣) وفي الاصطلاح:

فعند الحنفية والمالكية: المال الذي يوكل حفظه للغير.

والإيداع: تسليط المالك غيره على حفظ ماله.

وعند الشافعية: المال أو المختص المحترم الذي يوضع عند الغير لحفظه لصاحبه.

والإيداع: توكيل بالحفظ لمملوك أو مختص.

وعند الحنابلة: اسم للمال أو المختص المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض.

والإيداع: توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص تبرعاً من الحافظ.

(العناية على الهداية: ٧ / ٤٥٢، والدر المختار: ٤ / ٤٩٣، والتاج والإكليل: ٥ / ٢٥٠، وكفاية الطالب الرباني: ٢ / ٢٥٢، وروضة الطالبين: ٦ / ٣٢٤، وتحفة المحتاج: ٧ / ٩٨، والمبدع ٥ / ٢٣٣، وشرح المنتهى: ٤ / ١٨٥).

مسألة: إذا أذن المالك للمودع في التصرف كانت عارية.... كالرهن إذا أذن ربُّه في استعماله، فإن لم يستعملها فهي أمانة. (كشاف القناع ٤ / ١٦٧).

وأدلة مشروعية الوديعة: الكتاب كما في قوله تعالى: ﴿**وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ**=

---

[١] في / أ بلفظ (توكيل).

. . . .

ويعتبر(١) لها ما يعتبر في وكالة(٢)، ويستحب قبولها لمن علم أنه ثقة قادر على حفظها، ويكره لغيره إلا برضى ربها(٣).

= ﴿وَالتَّقْوَىٰ﴾ وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾.
وأما السنة: فلما ثبت في الصحيحين من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**من فرَّج عن مسلم كربة فرَّج الله عنه كربة بها من كرب يوم القيامة**» ومن تفريج كربة المسلم لأخيه قبول وديعته.
ولما روت عائشة رضي الله عنها في هجرة النبي ﷺ قالت: «**وأمر** - أي النبي ﷺ - **عليًّا رضي الله عنه أن يتخلف عنه بمكة حتى يؤدي الودائع التي كانت عنده للناس**» رواه البيهقي، والإجماع قائم على مشروعيتها.
(المصادر السابقة)

(١) أي ويشترط.

(٢) كما سبق في بابه، من البلوغ والعقل والرشد.

(٣) وهو قول جمهور أهل العلم: استحباب قبول الوديعة، لما تقدم من الأدلة.
وعند المالكية: إباحة الوديعة في حق المودَع والمودِع على السواء، لكن قد تجب على المودع إذا خاف ربها عليها من ظالم ولم يجد صاحبها من يستودعها غيره، فيجب القبول، ويحرم قبول الوديعة إذا كان المال محرماً، ويستحب قبولها إذا خشي ما يحرمها دون تحققه.
(مجمع الأنهر: ٢/٣٣٨، وكفاية الطالب الرباني: ٢/٥٢، ومواهب الجليل: ٥/٢٥١، والمهذب: ١/٣٦٥، والمبدع: ٥/٢٣٣).

. . . .

إِذَا تَلِفَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ وَلَمْ يَتَعَدَّ وَلَمْ يُفَرِّطْ لَمْ يَضْمَنْ،

و (**إذا تلفت**) الوديعة (**من بين**[١] **ماله ولم يتعد ولم يفرط لم يضمن**)(١).

لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «**من أودع وديعة فلا ضمان عليه**»(٢)، رواه ابن ماجه(٣)، وسواء ذهب معها

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، وحكي إجماعاً.
قال الشيرازي كما في المهذب (١/٣٦٦): «والوديعة أمانة في يد المودَع، فإن تلفت من غير تفريط لم تضمن .....».
وقال ابن هبيرة كما في الإفصاح (٢/٢٣): «واتفقوا على أن الوديعة أمانة ... وأن الضمان لا يجب على المودَع إلا بالتعدي».
وقال ابن المنذر كما في الإشراف (١/٢٥١): «أجمع أكثر أهل العلم على أن المودَع إذا أحرز الوديعة، ثم تلفت من غير جنايته ألا ضمان عليه».

(٢) ولقوله تعالى: ﴿**مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ**﴾.
وفي «تيسير الكريم الرحمن» للسعدي (٣/٢٨١): «ويستدل بهذه الآية على قاعدة، وهي أن من أحسن على غيره في نفسه، أو ماله، ونحو ذلك، ثم ترتب على إحسانه نقص أو تلف أنه غير ضامن لأنه محسن، ولا سبيل على المحسنين».
ولقوله تعالى: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا**﴾ والوديعة أمانة، والضمان ينافي الأمانة، ولورود ذلك عن الصحابة أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود. (التلخيص: ٣/٩٨).
ولأن المودَع يحفظها لمالكها فتكون يده كيده (أسنى المطالب: ٣/٧٦).

(٣) أخرجه ابن ماجه: (٢/٨٠٢)، الصدقات، باب الوديعة (ح٢٤٠١) من طريق المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وهو=

---

[١] في / م، ف بلفظ (بيت).

. . . .

- - - - - - - - - - - - - - - - - -

شيء من ماله أو لا[١].

= ضعيف، لضعف المثنى بن الصباح، وتابعه ابن لهيعة فيما ذكره البيهقي في السنن الكبري: (٦/٢٨٩)، وأشار إلى ضعفه.
وأخرجه الدارقطني: (٣/٤١)، البيوع (ح ١٦٧)، البيهقي (٦/٢٨٩) من طريق محمد بن عبدالرحمن بن طلحة الحجبي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بنحوه، والحجبي ضعيف، ضعفه الدارقطني وابن عدي والحافظ ابن حجر.
كما أخرجه بنحوه الدارقطني (٣/٤١)، البيوع (ح ١٦٨)، وفي إسناده ضعيفان: عمرو بن عبدالجبار السجناوي وعمه عبيدة بن حسان، وقال الدارقطني بعد روايته للحديث: «وإنما يروى هذا عن شريح القاضي غير مرفوع» ا.هـ. قلت: والخبر المروي عن شريح أخرجه عبدالرزاق في المصنف (٨/١٨٢ – ح ١٤٨٠٠)، وكيع في أخبار القضاء: (٢/٣٨٢).

(١) لما تقدم من الأدلة.
وعن الإمام أحمد: «أنها إذا تلفت من بين مال المودَع أنه يضمن» (العدة: ص ٢٦٦، والمبدع: ٥/٢٣٤، والإنصاف: ٦/٣١٧).
لما ورد أنَّ عمر ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله، رواه البيهقي: (٦/٢٨٩)، وصححه ابن حزم: (٨/٢٧٧)، وأجيب: بأنه محمول على أنه فرط.
فإن تعدى أو فرط ضمن، والتعدي: فعل ما لا يجوز، والتفريط: ترك ما وجب. =

. . . .

وَيَلْزَمُهُ حِفْظُهَا فِي حِرْزِ مِثْلِهَا،

(**ويلزمه**) أي المودع (**حفظها في حرز مثلها**) عرفاً(١) كما يحفظ ماله؛ لأنه تعالى أمر بأدائها ولا يمكن ذلك إلا بالحفظ(٢).

= **مسألة**: الوديعة عقد جائز من الجانبين لكل واحد منهما فسخه، لكن استثنى الشافعية ما إذا ترتب على الفسخ ضرر على الآخر.

مسألة: لا خلاف بين الفقهاء أن عقد الوديعة من عقود التبرعات، لكن اختلفوا في اشتراط المودَع العوض مقابل الحفظ: فالمذهب: عدم الجواز.

وعند الحنفية والشافعية: يجوز أخذ العوض كإنقاذ الغريق، وتعلم الفاتحة.

وعند المالكية: المودَع يستحق أجرة موضع الحفظ، ولا يستحق أجرة حفظ الوديعة.

(الفتاوى الهندية: ٤/ ٣٤٢، وشرح الزرقاني: ٦/ ١٢٥، والتاج والإكليل: ٥/ ٢٦٦، وتحفة المحتاج للهيثمي: ٧/ ١٠٠، وشرح المنتهى: ٢٢/ ٤٤٩).

(١) وهذا باتفاق الأئمة إلا إذا لم يعين المودع حرزاً.

قال ابن رشد في بداية المجتهد (٢/ ٣١٢): «وبالجملة فعند الجميع أنه يجب عليه أن يحفظها بما جرت عادة الناس أن تحفظ أموالهم».

(٢) في قوله تعالى: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا**﴾.

ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تَخُنْ مَنْ خانك**». (تقدم تخريجه ص ١٧٥).

وعليه فلا يملك المودَع حفظ الوديعة في حرز أقل من حرز مثلها، ويضمنها إذا فعل ذلك فتلفت؛ لأن الإيداع يقتضي الحفظ، فإذا أطلق حُمِلَ على المتعارف، وهو حرز المثل. =

فَإِنْ عَيَّنَهُ صَاحِبُهَا فَأَحرزَهَا بدُونه ضَمِنَ، وَبِمثْلِه أَوْ أَحْرَزَ فَلاَ،

قال في «الرعاية»: من استودع شيئاً حفظه في حرز مثله عاجلاً مع القدرة وإلا ضمن، (**فإن عيَّنَهُ**) أي الحرز (**صاحبها فأحرزها بدونه ضمن**)[1]، سواء ردَّها إليه أو لا لمخالفته له في حفظ ماله[2]، (و) إن أحرزها (**بمثله أو أحرز**) منه (**فلا**) ضمان عليه[3]؛ لأن تقييده بهذا

= (العقود الدرية لابن عابدين: ٢/٧٥، والمقدمات الممهدات: ٢/٤٦٦، المهذب: ١/٣٦٦، والكافي لابن قدامة: ٢/٣٧٤، وكشاف القناع: ٤/١٦٨).

(١) إذا عين المودِع حرزاً وجب حفظها فيه، فإن أحرزها بما دونه ضمن باتفاق الأئمة؛ لأن من رضي حرزاً لم يرض بدونه.

(بدئاع الصنائع: ٦/٢١٠، ومختصر المزني: ٨/٢٤٧، والمهذب: ١/٣٦٦، والفروع: ٤/٤٧٩، والمبدع: ٥/٢٣٤).

(٢) ولتفريطه.

لكن إن خاف عليها من التلف بسيل، أو غرق، أو حرق، أو نحو ذلك، فقد قال ابن قدامة في المغني (٩/٢٦٣): «وإن نقلها إلى دونه – أي الحرز المعين – عند الخوف عليها نظرنا، فإن أمكنه إحرازها بمثله أو أعلى منه ضمنها أيضاً لتفريطه، وإن لم يمكنه إحرازها إلا بما دونه لم يضمنها؛ لأن إحرازها بذلك أحفظ لها من تركه، وليس في وسعه سواه».

(٣) وهذا قول جمهور أهل العلم، لما علل به المؤلف، ولأن من رضي حرزاً رضي مثله، وما هو أكثر منه حفظاً.

وفي قول للحنفية، ورواية عن الإمام أحمد: «أن المودَع لا يملك حفظ الوديعة في غِير حرزها المعين، ولو كان مثله أو أكثر منه حفظاً لمخالفته =

وَإِنْ قَطَعَ العَلَفَ عَنِ الدَّآبَّةِ بِغَيْرِ قَوْلِ صَاحِبِهَا ضَمِنَ،

الحرز يقتضي ما هو مثله فما فوقه من باب أولى (**وإن قطع العلف عن الدآبة**) المودعة (**بغير قول صاحبها ضمن**)[١]؛ لأن العلف من كمال الحفظ، بل هو الحفظ بعينه[٢]؛ لأن العرف يقتضي علفها وسقيها، فكأنه مأمور به عرفاً[٣]، وإن نهاه المالك عن علفها لم يضمن[٤]،

= لأمر صاحبها من غير حاجة، فلا يملكه أشبه ما لو نهاه عن ذلك.

وعند بعض الحنابلة: يملك الحفظ فيما هو أكثر حفظاً، ولا يملك الحفظ في مثل حرزها المعين.

(بدائع الصنائع: ٦ / ٢١٠، والبحر الرائق: ٧ / ٢٧٩، وشرح الزرقاني على خليل: ٦/١١٦، ومواهب الجليل: ٥/٢٥٦، والمهذب: ١/٣٦٦، والمحرر: ١ /٣٦٣، والفروع: ٤ /٤٧٩، والمبدع: ٥/٢٣٤).

(١) إن ماتت جوعاً، وكذا إن لم يسقها حتى ماتت عطشاً.

(٢) إذ الحيوان لا يبقى عادة بدون العلف ولا السقي فيلزمانه.

(٣) وإن أنفق بلا إذن ربها مع العجز رجع ولو لم يستأذن الحاكم، صوبه ابن قاضي الجبل، والمذهب: عدم الرجوع، إذا لم يستأذن الحاكم، ويلزمه الإنفاق، أو يدفعها إلى الحاكم ليستدين على صاحبها ما يحتاج، أو يبيعها عليه إن كان غائباً، فإن لم يفعل المودَع ضمن.

(ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٦ / ٢٠، وقواعد ابن رجب قاعدة: ٧٥).

(٤) أي إن ماتت جوعاً أو عطشاً، وهذا هو المذهب؛ لما علل به.

قال في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٦ /١٨): «قال في الحاوي الصغير: ويقوى عندي أنه يضمن».

. . . .

لإذنه في إتلافها أشبه ما لو أمره بقتلها، لكن يأثم بترك علفها إذاً لحرمة الحيوان(١).

---

(١) فإنه يجب إحياؤها لحق الله تعالى، سواء نهاه مالكها عن علفها وسقيها أو لا.

مسألة: نفقة الوديعة: باتفاق الفقهاء نفقة الوديعة على مالكها، فإن أذن للمودَع بالإنفاق كان وكيلاً عنه في ذلك، ويعود بما أنفق، فإن لم ينفق ولم يأذن بالإنفاق فللمودَع مطالبته بالإنفاق عليها، أو ردها.

فإن كان غائباً: فعند الحنفية: يرفع المودَع الأمر إلى الحاكم ويفعل الحاكم الأصلح من إكرائها والإنفاق عليها من أجرتها، أو بيعها، أو إبقائها والإنفاق عليها مدة ثلاثة أيام حتى يحضر فإن لم يحضر أمره ببيعها.

وعند الشافعي: ينبغي أن يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يأمره بالنفقة عليها، ويجعلها ديناً على المستودَع، أو يوكل الحاكم بالنفقة من يقبضها منه، وينفقه عليها لئلا يكون أمين نفسه، أو يبيعها.

وعند الحنابلة: يرفع الأمر للحاكم ليأمر بالإنفاق عليها من مال صاحبها إن كان له مال، فإن لم يكن له مال فعل ما يرى فيه الحظ للغائب من بيعها وحفظ ثمنها، أو بيع بعضها لنفقة، أو إجارتها لينفق عليها من أجرتها، أو الاستدانة على صاحبها، أو الإذن للمودَع بالإنفاق عليها من ماله، ويرجع على صاحبها.

مسألة: لو أنفق المودَع عليها بلا إذن.

فالمذهب: إن لم يقدر على استئذان الحاكم فأنفق ناوياً الرجوع رجع،

. . . .

وَإِنْ عَيَّنَ جَيْبَهُ فَتَرَكَهَا فِي كُمِّهِ أَوْ يَدِهِ ضَمِنَ،

(**وإن عيَّنَ جيبه**) بأن قال: احفظها في جيبك (**فتركها في كُمِّه أو يده، ضمن**) لأن الجيب أحرز[1] وربما نسي فسقط ما في كمه أو

وإن قدر على استئذان الحاكم ولم يستئذنه، ففيه روايتان، والمذهب: عدم الرجوع لتفريطه بترك استئذان الحاكم.

وعند الحنفية والشافعية: أنه لا رجوع على صاحب الوديعة بشيء؛ لأنه متطوع بما أنفق.

وعند المالكية: أنه إذا أنفق عليها يرجع على صاحبها بما أنفق ولو لم يستأذن صاحبها أو الحاكم، واختاره شيخ الإسلام وابن القيم.

فعندهما: أن من أنفق عن غيره نفقة تلزمه بغير إذنه ولم ينو التبرع، فإن له أن يرجع عليه بها، حيث إن المولى سبحانه عقد الموالاة بين المؤمنين وجعل بعضهم أولياء بعض، فمن أدىٰ وليه واجباً كان نائبه فيه.

واستظهر شيخ الإسلام وابن القيم أيضاً: أن الوديعة إذا كانت حيواناً واحتاج للنفقة أن للمودَع الحق في الاعتياض على نفقتها بمنافع حلبها وركوبها قياساً على اعتياض المرتهن عن النفقة على المرهون بالحلب والركوب المنصوص عليه.

(رد المحتار: ٤/٥٠١، والمدونة: ١٥/١٥٧، والكافي لابن عبدالبر: ص (٤٠٤)، والأم: ٤/٦٣، والإشراف لابن المنذر: ١/٢٦٢، وكشاف القناع: ٤/١٨٩، ومجموع الفتاوى: ٢٠/٥٦٠، وإعلام الموقعين: ٢/٢٣، ٣/٧).

(١) أي من اليد أو الكم.

وَعَكْسُهُ بِعَكْسِه، وَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ أَوْ

يده(١)، (وعكسه بعكسه)، فإذا[١] قال: اتركها في [كمك][٢] أو يدك فتركها في جيبه لم يضمن؛ لأنه أحرز، وإن قال: اتركها في يدك فتركها في كُمِّه أو بالعكس(٢)، أو قال: اتركها في بيتك فشدَّها في ثيابه وأخرجها ضمن؛ لأن البيت أحرز(٣).

(**وإن دفعها إلى من يحفظ ماله**) عادة كزوجته وعبده(٤)، (أو)

---

(١) بخلاف ما في جيبه، فلزمه الضمان لتفريطه.

(٢) بأن قال: اتركها في كُمِّك، فتركها في يده لمخالفته، لأن اليد تارة تكون أحرز من الكمّ، والكمُّ تارة أحرز من اليد، فاليد يسقط منها الشيء بالنسيان، والكمُّ يتطرق إليه البسط بخلاف اليد، فكلٌّ منهما أدنى من الآخر حفظاً من وجه.

(٣) أي أخرج ثيابه من بيته ضمن.

(٤) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الحنفية، والمالكية؛ لأن الملتزم بعقد الوديعة هو الحفظ، والإنسان لا يلتزم بحفظ مال غيره إلا بما يحفظ به مال نفسه؛ وهو يحفظ ماله بيده تارة، وبيد زوجته وأولاده تارة أخرى. (بدائع الصنائع: ٦/ ٢٠٧).

وعند الشافعية: ليس للمودع أن يحفظ الوديعة عند من يحفظ ماله عادة كزوجته وأولاده؛ لأن المودَع إذا سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها فكما لو سلمها لأجنبي.

---

[١] في / ظ، ف، م، ف بلفظ (فإن).

[٢] ساقط من / ف.

مَالَ رَبِّهَا لَمْ يَضْمَنْ، وَعَكْسُهُ الأَجْنَبِيُّ والحَاكم، وَلاَ يُطَالَبَانِ

ردها لمن يحفظ (**مال ربها لم يضمن**) لجريان العادة به، ويصدق في دعوى التلف والرد كالمودع[١]، (**وعكسه الأجنبي والحاكم**)[٢] بلا عذر[٣] فيضمن المودع بدفعها إليهما، لأنه ليس له أن يودع من غير عذر.

[[١](**ولا يطالبان**) أي الحاكم والأجنبي بالوديعة إذا تلف عندهما

(الهداية للمرغيناني: ٣/٢٥٧، واللباب: ٢/١٩٦، والمقدمات لابن رشد: ٥/٢٥٧، ومواهب الجليل: ٥/٢٥٧، وحلية العلماء: ٥/١٧٦، وروضة الطالبين: ٦/٣٢٧، والمبدع: ٥/٢٣٧، والإنصاف: ٦/٣٢٤، وإعلام الموقعين: ٢/٣٩٣).

(١) أي يصدق من دفعها المودَع إليه من زوجة أو عبد ممن يحفظ مال ربها في دعوى التلف والرد كما يصدق المودَع لقيامهم مقامه في الحفظ.

(٢) إيداع الوديعة عند من لا يحفظ ماله في العادة؛ له حالتان:

الأولى: أن يكون لغير عذر.

فجمهور أهل العلم: أنه لا يملك ذلك؛ لأن إيداع الوديعة عند الغير من غير عذر مخالفة لما تم التعاقد عليه؛ إذ المودِع أمر بحفظها عند المودع، ولم يرض لها غيره، والأيدي تختلف في الأمانة فلا يملكه كما لو نهاه، وكالوكيل أيضاً لا يوكل غيره.

وفي تخريج للحنابلة: أن له ذلك قياساً على أن للوكيل أن يوكل غيره.

(مجمع الأنهر: ٢/٣٦٨، والفروع ٤/٢٨٢، والمبدع: ٥/٢٣٨).

(٣) كمن حضره الموت، أو أراد السفر، وليس أحفظ لها.

إنْ جَهِلا

بلا تفريط[١] (**إن جهلا**)(١)، جزم به في «الوجيز»؛ لأن المودع ضمن بنفس الدفع والإعراض عن الحفظ، فلا يجب على الثاني ضمان؛ لأن[٢]

(١) تقدَّم أن المودع لا يملك إيداع الوديعة عند من لا يحفظ ماله بلا عذر، فإن فعل وتلفت الوديعة عند الثاني، فاختلف العلماء في تضمين أيهما؟
فالمذهب: أن لصاحب الوديعة تضمين من شاء منهما إذا كان الثاني عالماً بالحال، فإن كان الثاني جاهلاً فلا يضمن.
وأما قرار الضمان، فإن كان الثاني عالماً فقرار الضمان عليه، وإلا على الأول؛ لأن المودَع قد خالف بإيداعه الأجنبي بلا عذر فضمن، كما لو نهاه عن إيداعها.
ويضمن الثاني؛ لأن المودَع الثاني قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضة، ولم يأذن له مالكه كالقابض من الغاصب. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٦ /٢٨).
وعند الشافعية: أن لصاحب الوديعة تضمين من شاء من الأول أو الثاني مطلقاً؛ لأن سبب الضمان وجد من كلٍّ منهما.
وعند الحنفية، والمالكية: أن الضمان يكون على المودَع الأول؛ لأن يد المودَع الثاني ليست يد مانعة، بل هي يد حفظ وصيانة للوديعة من أسباب الهلاك.
(بدائع الصنائع: ٦ /٢٠٨، والاختيار: ٣ /٢٧، والإشراف: ٢ /٤٢، والتفريع: ٢ /٢٧٠، والفروع: ٤ /٢٨٢، والمبدع: ٥ /٢٣٨).

[١-١] ساقط من هـ.

[٢] في / ف بلفظ (لا دفعا).

وَإِنْ حَدَثَ خَوْفٌ أَوْ

دفعاً واحداً لا يوجب ضمانين، وقال القاضي: له ذلك، فللمالك مطالبة من شاء منهما(١)، ويستقر الضمان على الثاني إن علم [وإلا][١] فعلى الأول، وجزم بمعناه في «المنتهى»(٢) (**وإن حدث خوف**)(٣) (أو)

---

(١) اختاره ابن قدامة، وصاحب الشرح الكبير.
(المغني: ٩/ ٢٦٠، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٦/ ٢٩).

(٢) المنتهى ١/ ٥٣٨ .

(٣) **الحال الثانية**: أن يكون الإيداع لعذر، وفيها أمران:

الأول: أن يكون العذر خوف الحرق أو الغرق، ونحو ذلك:

فإن كان صاحب الوديعة موجوداً وأمكن ردها إليه، فلا يملك إيداعها، بل يردها إليه، فإن لم يكن صاحبها موجوداً ولا وكيله، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين: فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أن المودَع يملك الإيداع عند الحرق والغرق ونحوهما؛ لأن الإيداع في حال الحرق ونحوه تعين طريقاً للحفظ، فكان الإيداع بإذن المالك دلالة.

وعند بعض الحنابلة: أنه لا يملك الإيداع في حال العذر؛ لأن صاحب الوديعة إنما رضي بأمانة المودَع ولم يرض بأمانة غيره. (المصادر السابقة).

الثاني: أن يكون العذر هو السفر: باتفاق الأئمة الأربعة: أن المودَع لا يملك إيداع الوديعة لعذر السفر إذا كان صاحبها موجوداً أو وكيله إلا بإذنه.

(بدائع الصنائع: ٦/ ٢٠٨، والتفريع: ٢/ ٢٧٠، والمهذب: ١/ ٣٦٧، والمبدع: ٢٣٨).

---

[١] ساقط من /س.

سَفَرٌ رَدَّهَا عَلَى رَبِّهَا فَإِنْ غَابَ حَمَلَهَا مَعَهُ إِنْ كَانَ أَحْرَزَ،

حدث[١] للمودع (**سفر ردها على ربها**) أو وكيله فيها، **لأن في ذلك** تخليصاً له من دركها[٢] **فإن دفعها للحاكم إذن ضمن، لأنه لا ولاية** له على الحاضر (**فإن غاب**) ربها (**حملها**) المودع (**معه**) في السفر سواء كان لضرورة أو لا(١)، (**إن**(٢) **كان أحرز**)(٣) ولم ينهه عنه؛ لأن

---

(١) فإذا لم يجد صاحبها ولا وكيله، فقد اختلف العلماء في ملكيته لإيداعها:
فالمذهب: أنه يملك إيداع الوديعة عند السفر إن كان أحرز ولم ينهه المودِع؛ لما علل به المؤلف.
وعند المالكية، والشافعية: أن المودَع يملك إيداع الوديعة في هذه الحال؛ لأن النبي ﷺ خرج مهاجراً إلى المدينة، وأقام عليٌّ بن أبي طالب رضي الله عنه ثلاث ليالٍ حتى أدَّى عن رسول الله ﷺ الودائع التي كانت عنده للناس، حتى إذا فرغ منها لحق برسول الله ﷺ» (رواه البيهقي: ٦ / ٢٨٩، وقال ابن حجر في التلخيص ٣ / ٩٨: «بسند قوي»)، ولأنه موضع حاجة.
وعند الحنفية: أن المودَع لا يملك إيداع الوديعة؛ لأن السفر ليس عذراً، فلا يملكه المودَع.
ونوقش بعدم التسليم، بل السفر عذر، إذ لا يخلو من المخاطر غالباً.
(المصادر السابقة)

(٢) أي سواء كان سفره لضرورة أو لم يكن لها.

(٣) لأنه نقلها إلى موضع مأمون، فلم يضمنها كما لو نقلها في البلد.

---

[١] في / س بلفظ (حفظ).

[٢] في / ف بلفظ (ربها).

وَإِلاَّ

القصد الحفظ وهو موجود هنا، وله ما أنفق بنية الرجوع، قاله القاضي(١)، (وإلا) يكن السفر أحفظ لها(٢) أو كان نهى[١] عنه(٣) دفعها إلى الحاكم(٤)؛ لأن [في][٢] السفر بها غرراً؛ لأنه عرضة[٣] للنهب وغيره، والحاكم يقوم مقام صاحبها(٥) عند غيبته.

فإن أودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها؛ لأنه لا ولاية له. فإن

---

(١) تقدم الكلام على نفقة الوديعة عند قول المؤلف: «لكن يأثم بترك علفها إذاً؛ لحرمة الحيوان».

(٢) لم يسافر بها، ولو استويا.

(٣) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٦ / ٣٢): «جواز السفر بها مشروط بها إذا لم ينهه عن حملها، فإن نهاه امتنع وضمن إن خالف، اللهم إلا أن يكون السفر بها لعذر، كجلاء أهل البلد، أو هجوم عدو، أو حرق، أو غرق فلا ضمان، وهل يجب الضمان بالترك؟ ... الصحيح: أنه يضمن إذا ترك فعل الأصلح والحالة هذه».

(٤) إن قدر عليه. (الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٦ / ٣٣).

(٥) ويلزمه القبول. (المصدر السابق).

---

[١] في / ط بلفظ (نهاه).

[٢] ساقط من / س.

[٣] في / هـ بلفظ (بعرضه النهب).

أَوْدَعَهَا ثِقَةً،

تعذر حاكم أهل (**أودعها ثقة**)[١] لفعله ﷺ لما أراد أن يهاجر، أودع الودائع التي كانت عنده لأم أيمن رضي الله عنها[٢]، ولأنه موضع

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية: أن المودَع إذا أراد السفر، فإنه يدفعها إلى الحاكم، فإن تعذر دفعها إلى ثقة؛ لما استدل به المؤلف.
وعند المالكية، وقول للحنابلة: لا يلزم الإيداع عند الحاكم، بل يصح عند ثقة؛ لأن المودَع قد أودع الوديعة لثقة مرضي، فيصح كإيداعها عند الحاكم.
(المدونة: ٦/ ١١٤، والتفريع: ٢/ ٢٧٠، والمهذب: ١/ ٣٦٧ والفروع: ٤/ ٤٨٠، والمبدع: ٥/ ٢٣٨).
وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٦/ ٣٣): «لو خاف عليها أودعها حاكماً أو أميناً. ا.هـ. قلت: الصواب هنا يراعى الأصلح في دفعها إلى الحاكم أو الثقة، فإن استوى الأمران فالحاكم».
(٢) وأمر عليًّا أن يردها على أهلها.
ذكره الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير (٣/ ٩٧-٩٨) لكن جاء فيه ذكر «أم المؤمنين» بدل «أم أيمن» ثم قال الحافظ: «أما تسليمها إلى أم المؤمنين فلا يعرف، بل لم تكن عنده في ذلك الوقت، إن كان المراد بها عائشة، نعم كان قد تزوج سودة بنت زمعة قبل الهجرة، فإن صح فيحتمل أن تكون هي» قال الألباني في إرواء الغليل (٥/ ٣٨٤-٣٨٥): «أغلب الظن أن أصل هذه الكلمة في الرافعي أم أيمن كما وقع في الخلاصة، ثم تحرفت على بعض نساخ الرافعي إلى أم المؤمنين، =

وَمَنْ أَوْدَعَ دَآبَّةً فَرَكِبَهَا لِغَيْرِ نَفْعِهَا، أَوْ ثَوْباً فَلَبِسَهُ،

حاجة، وكذا حكم من حضره الموت[1].

(**ومـن**) تعدَّى في الوديعة بأن (**أودع دآبة فركبها لغير نفعها**) أي علفها وسقيها، (**أو**) أودع (**ثوباً فلبسه**)[2]

= فوقعت هذه النسخة إلى الحافظ فاستشكل ذلك، وأما على نسخة الخلاصة فلا إشكال، لأن أم أيمن كانت حاضنته عليه السلام. ا.هـ.

وأخرجه ابن جرير في تاريخه (٢/٢٤٩)، والبيهقي (٦/٢٨٩) من طريق عروة بن الزبير عن عبدالرحمن بن عويم بن ساعدة عن رجال قومه من أصحاب رسول الله ﷺ، وفيه «فأمر رسول الله ﷺ عليًّا رضي الله عنه أن يتخلف بمكة حتى يؤدي عن رسول الله ﷺ الودائع التي كانت عنده للناس»، وقال الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير (٣/٩٨): رواه ابن إسحاق بسند قوي.

(١) أي وعنده وديعة حكم من أراد سفراً في دفعها إلى حاكم أو ثقة.

(٢) باتفاق الأئمة أن المودَع ليس له أن ينتفع بالوديعة؛ لأن الأصل في مال الغير الحرمة، فلا يملك أحد الانتفاع به إلا بإذنه.

(النتف في الفتاوى: ٢/٥٨٧، والكافي لابن عبدالبر: ٢/٨٠٤، والوجيز: ١/٢٨٥، وغاية المنتهى: ٢/٢٦٣).

فإذا انتفع المودَع بالوديعة، بلا إذن صاحبها، ثم تلفت قبل ردها إلى حالها يضمن باتفاق الأئمة خلافاً لبغض الحنابلة.

فإن ردها إلى حالها بعد الانتفاع بها فتلفت فالمذهب، ومذهب الشافعية: أنه لا يبرأ من الضمان، قياساً على مستأجر الدآبة إلى مكان =

أَوْ دَرَاهِمَ فَأَخْرَجَهَا مِنْ مُحْرِزٍ، ثُمَّ رَدَّهَا أَوْ رَفَعَ الـخَتْمَ وَنَحْوَهُ،

لغير خوف من عثٍّ(١) أو[١] نحوه(٢)، (أو) أودع (**دراهم فأخرجها من محرز**[٢] **ثم ردها**) إلى حرزها(٣)، (**أو رفع الختم**) عن كيسها(٤) أو

= فجاوزه، ثم عاد إليه فتلفت فإنه يبرأ.

وعند أبي حنيفة، وهو مذهب المالكية: أنه لا يضمن؛ لأن المودَع إذا أزال التعدي زال الضمان؛ لزوال سببه وهو التعدي، والأمر بالحفظ لا يزال باقياً.

(المبسوط: ١١/ ١١٥، والهداية: ٣/ ٢١٦، والشرح الكبير للدردير: ٣/ ٤٢١، و مختصر المزني: ٨/ ٢١٥، والمهذب: ١/ ٣٨٩، والفروع: ٧/ ٢٩٦، والمبدع: ٥/ ٢٣٩).

(١) في القاموس (١/ ١٧٠): «العُثة بالضم: سوسة تلحس الصوف».

(٢) كافتراش فرش لا لخوف من عث.

(٣) إذا أخرج الوديعة لينفقها، ثم ردها ولم ينفقها، فالمذهب ومذهب الشافعية: يضمن؛ لأن الإخراج على هذا القصد خيانة وإذا ارتفع الاستئمان وثبت الضمان فلا يزول عنه إلا باستئمان ثان.

وعند أبي حنيفة ومالك: يسقط الضمان بالرد؛ لأنه وإن ضمن بالإخراج فقد عاد إلى الوفاق بردِّ الوديعة إلى موضعها فبرئ من الضمان.

(الفتاوى الهندية: ٤/ ٣٤٨، وبداية المجتهد: ٢/ ٣١١، المنذر: ١/ ٢٥٥، وشرح المنتهى: ٢/ ٤٥٤).

(٤) ضمن على المذهب.

---

[١] في ف / أ بلفظ (ونحوه).

[٢] في / ظ بلفظ (حرز).

أَوْ خَلَطَهَا بِغَيْرِ مُتَمَيِّزٍ فَضَاعَ الكُلُّ ضَمِنَ.

كانت مشدودة(١) فأزال الشد ضمن، أخرج منها شيئاً أولا لهتك[١] الحرز، (**أو خلطها بغير متميز**)(٢) كدراهم بدراهم، وزيت بزيت من ماله أو غيره(٣)، (**فضاع الكل ضمن**) الوديعة لتعديه(٤)، وإن ضاع

---

(١) وكذا لو كانت مقفولة فأزال القفل ضمن على المذهب.

(٢) فالمذهب، وبه قال أبو حنيفة، وهو مذهب المالكية: أن المودَع إذا خلط الوديعة بما لا تتميز ضمنها، ويكون المخلوط كله للمودَع؛ لأن المودَع إذا خلط الوديعة بما لا تتميز منه، فقد عجز المالك عن الانتفاع بالوديعة، فكان إتلافاً منه، فيضمنها، ولعدم رضاء المالك.

وعند أبي يوسف، ومحمد بن الحسن: أن المودَع إذا خلط الوديعة بما لا تتميز منه ضمن، إلا إذا خلطها بجنسها كالحنطة بالحنطة، فالمودَع بالخيار بين أن يضمنها المودَع، ويكون المخلوط كله له، وبين أن يشتركا فيه فيقتسماه، لأن المودَع لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة، ويمكنه معنى وذلك بالقسمة، فكان استهلاكاً من وجه دون وجه، فيميل إلى أيهما شاء.

(الهداية: ٣/ ٢١٥، والاختيار: ٣/ ٢٦، وبلغة السالك: ٢/ ١٩٩، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٤٢٠، والمهذب: ١/ ٣٦٨، وحلية العلماء: ٥/ ١٧٧، والمحرر: ١/ ٣٦٤، والفروع: ٤/ ٤٨٣).

(٣) سواء كان بنظيره، أو أجود منه، أو أدنى.

(٤) بهتك الحرز، وخلط الوديعة بما لا تتميز منه.

---

[١] في / ف بلفظ (ليهتك).

. . . .

البعض ولم يدر أيهما ضاع ضمن أيضاً(١)، [١وإن خلطها بمتميز كدراهم بدنانير لم يضمن١](٢)، وإن أخذ درهماً من غير محرزه(٣) ثم رده فضاع الكل ضمنه وحده(٤)، وإن ردَّ بدله غير متميز[٢] ضمن

---

(١) لأن الأصل عدم براءته.

(٢) إذا خلط الوديعة بما تتميز، فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أن المودَع إذا خلط الوديعة بما يتميز منه لم يضمن؛ لأن الوديعة تتميز في هذه الحال، فلا يعجز المودَع عن ردها فلا ضمان عليه أشبه ما لو تركها مع أكياس له في صندوق.

وعند الشافعية: أن المودَع إذا خلط الوديعة بما تتميز منه لم يضمن، إلا إذا حصل بالوديعة نقص بسببه فيضمن النقص، لتعديه.

وعن الإمام أحمد: أن المودَع إذا خلط الوديعة بما تتميز منه ضمن مطلقاً؛ كما لو خلطها بما لا يتميز.

(النتف في الفتاوى: ٢/٥٧٩، ومجمع الأنهر: ٢/٣٤١، وحاشية الدسوقي: ٣/٤٢٠، وحلية العلماء: ٥/١٧٧، وفتح الوهاب: ٢/٢٢، والمبدع: ٥/٢٤٠، والإنصاف: ٦/٣٣٢).

(٣) أي من وديعة غير مختومة، ولا مشدودة، ونحو ذلك.

(٤) لأن الضمان تعلق بالأخذ، فلم يضمن غير ما أخذ.

[١-١] ساقط من / م، ف.

[٢] في / ف، م بلفظ (مسمى).

. . . .

- - - - - - - - - - - - - - - - - - - -

الجميع[١]، ومن أودعه صبي وديعة لم يبرأ إلا بردها لوليه[٢]، ومن دفع لصبي ونحوه[٣] وديعة لم يضمنها مطلقاً[٤] ولعبد ضمنها بإتلافها في رقبته[٥].

---

(١) لخلطه الوديعة بما لا تتميز، وتقدم خلاف أهل العلم فيه.

(٢) المذهب، وهو مذهب الحنفية: يصح إيداع الصبي إذا كان مأذوناً له في ذلك؛ لأنه كالبالغ بالنسبة إلى ذلك.
وعند المالكية والشافعية: لا يصح إيداع الصبي مطلقاً؛ لاشتراط البلوغ في المودِع.
وأما الصبي غير المميز، أو المميز غير المأذون له، أو المجنون فلا يصح إيداعه باتفاق الأئمة.
(بدائع الصنائع: ٦ /٢٠٧، وكفاية الطالب الرباني: ٢ /٢٥٣، وتحفة المحتاج: ٧ /١٠٣، وكشاف القناع: ٤ /١٩٧).

(٣) كمجنون وسفيه.

(٤) باتفاق الأئمة: أنه يشترط في المودَع أن يكون جائز التصرف وعند المالكية والشافعية، والحنابلة: أن جائز التصرف هو البالغ العاقل الرشيد.
وعند الحنفية: العاقل المميز. (المصادر السابقة).

(٥) أي وإن دفع وديعة لعبد مكلف ضمن الوديعة بإتلافها في رقبته؛ لأن إتلافه من جنايته.
فرع: وإذا مات إنسان وثبت أن عنده وديعة، ولم توجد بعينها؛فهي دين عليه تؤخذ من تركته كبقية الديون. (الإقناع مع شرحه ٤ /١٧٨).

. . . .

فَصْلٌ

وَيُقْبَلُ قَوْلُ الْمُودَعِ فِي رَدِّهَا إِلَى رَبِّهَا أَوْ غَيْرِهِ بِإِذْنِهِ وَتَلَفِهَا وَعَدَمِ التَّفْرِيطِ،

فصل(١)

(**ويقبل قول المودع في ردها إلى ربها**)(٢)، أو من يحفظ ماله(٣) (**أو غيره بإذنه**) بأن قال: دفعتها لفلان بإذنك، فأنكر مالكها الإذن أو الدفع قبل قول المودَع(٤) كما لو ادعى[١] ردها على مالكها.

(و) يقبل قوله أيضاً في (**تلفها وعدم التفريط**) بيمينه؛ لأنه أمين(٥)،

---

(١) أي في حكم المودَع في رد الوديعة إلى ربها أو غيره، أو تلفها، أو غير ذلك.

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم خلافاً للمالكية، ويأتي قريباً.

(٣) عادة كعبده وزوجته، وخازنه؛ لأن أيديهم كيده، وتقدم حكم دفعها إليهم لا إلى ورثة وحاكم.

(٤) وهذا هو المذهب؛ لأن المودَع يدعي دفعاً يبرأ به من الوديعة، فكان القول قوله، كما لو ادعى ردها على مالكها.
وعند الحنفية، والمالكية والشافعية: أن القول قول المالك مع يمينه؛ لأن المودَع يدعي ما يسقط الضمان عنه وهو الإذن، والأصل عدمه، فلا يصدق إلا ببينة، كما لو أخذ مال إنسان، وادَّعى أنه أخذه بإذنه.
(الاختيار لتعليل المختار: ٢/ ٢٨، وشرح الخرشي: ٦/ ١١٥، والحاوي: ١٠/ ٤٠٧، والفروع: ٤/ ٤٨٤، ومعونة أولي النهى: ٥/ ٥٠٨).

(٥) في المغني (٩/ ١٧٣): «قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المودَع إذا أحرز الوديعة، ثم ذكر أنها ضاعت أن القول قوله، وقال أكثرهم مع يمينه ...». =

---

[١] في / هـ بلفظ (الدعي).

. . . .

لكن إن ادعى[١] التلف بظاهر، كُلِّفَ به ببينة، ثم قبل قوله(١) [في[٢] التلف]، وإن أخَّر ردها بعد طلبها بلا عذر ضمن(٢)، ويمهل لأكل ونوم وهضم طعام بقدره(٣)، وإن أمره بالدفع إلى وكيله فتمكن وأبى ضمن(٤)،

= لأن الله تعالى سماها أمانة، فقال: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ ولأن الأصل براءة ذمته.

(١) أي وإن ادعى التلف للوديعة بسبب ظاهر كحريق، ونهب جيش ونحوه كلف به ببينة تشهد بوجود السبب؛ لأنه لا تتعذر إقامة البينة عليه، وتكفي الاستفاضة، ثم قبل قوله بيمينه، لأنه أمين، والأصل براءة ذمة قال ابن القيم (في إعلام الموقعين ٤ / ٨): «المودع والمستأجر إذا ادعيا الهلاك في الحريق، أو الهدم، أو في نهب العيارين ونحوهم لم يقبل إلا إذا تحقق وجود هذه الأسباب».

وقال أيضاً: «إذا لم يكذبه شاهد الحال، وهكذا سائر من قلنا يقبل قوله فإن الأصل قبول قول الأمناء إلا حيث يكذبهم الظاهر».

(٢) لأنه فعل محرماً بإمساكه ملك غيره بلا إذنه أشبه الغاصب.

وفي الإفصاح (٢ / ٢٣): «واتفقوا على أنه متى طلبها صاحبها وجب على المودَع ألا يمنعها مع الإمكان، فإن لم يفعل فهو ضامن».

(٣) وكطهارة، وصلاة فلا يضمنها إن تلف زمن عذره؛ لعدم عدوانه، ويجوز التأخير عادة بشرط سلامة العاقبة.

(٤) لعدوانه.

[١] في / هـ بلفظ (الدعي).

[٢] ساقط من / ظ.

فَإِنْ قَالَ: لَمْ تُودِعْنِي ثُمَّ ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ أَوْ إِقْرَارٍ ثُمَّ ادَّعَى رَدًّا أَوْ تَلَفاً سَابِقَيْنِ لِجُحُودِهِ لَمْ يُقْبَلاَ وَلَوْ بِبَيِّنَةٍ،

ولو لم يطلبها وكيله(١)، (**فإن قال: لم تودعني، ثم**[١] **ثبتت**)[٢] الوديعة (**ببينة أو إقرار، ثم ادعى**[٣] **ردًّا أو تلفاً سابقين لجحوده لم يقبلا**[٤](٢) **ولو ببينة**)(٣) لأنه مكذب للبينة، وإن شهدت بأحدهما

---

(١) لأنه أمسك مال غيره بغير إذنه.

وفي الاختيارات (ص ١٦٨): «لو قال المودَع أودعنيها الميت، وقال هي لفلان، وقال ورثته: بل هي له، ولم تقم بينة على أنها كانت للميت ولا على الإيداع، قال أبو العباس: أفتيت أن القول قول المودع مع يمينه؛ لأنه قد ثبت له اليد».

(٢) أي الرد أو التلف؛ لأنه صار ضامناً بجحوده معترفاً على نفسه بالكذب المنافي للأمانة.

في الإفصاح (٢/٢٣): «اتفقوا على أنه إذا طالبه، فقال: ما أودعتني، ثم بعد ذلك ادعى أنها ضاعت أنه ضامن؛ لأنه خرج من حد الأمانة بذلك».

(٣) وهذا هو المذهب، لما علل به المؤلف.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥/٥٥): «ويحتمل أن تقبل ببينة قال الحارثي: وهو المنصوص من رواية أبي طالب، وهو الحق، وقال: هذا المذهب عندي».

---

[١] في / س بزيادة لفظ (تلفت).　　[٢] في / م، ف بلفظ (ثبت).

[٣] في / هـ بلفظ (الدعي).　　[٤] في / م، ف بلفظ (يقبل).

بَلْ فِي قَوْله مَالَكَ عنْدي شَيْءٌ ونَحْوُهُ، أَوْ

ولم تعيَّن[١] وقتاً لم تسمع(١)، **(بل)** يقبل قوله بيمينه في الرد والتلف **(في)** ما إذا أجاب بـ **(قوله: ما لك عندي شيء ونحوه)**(٢)، كما لو أجاب بقوله: لا حق لك قبلي أو لا تستحق علي شيئاً(٣)(٤)، **(أو)**

---

(١) أي وإن شهدت البينة بالرد أو التلف بعد جحود الإيداع، ولم تعين البينة الردَّ أو التلف قبل الجحود أو بعده، واحتمل الأمرين لم تسمع البينة؛ لأن وجوب الضمان متحقِّق، فلا ينتفي بأمر متردِّد فيه. (ينظر كشاف القناع ٤ / ١٨١).

(٢) ثم ثبت ببينة أو إقرار؛ لأن دعواه الردَّ أو التلف لا ينافي جوابه في قوله: مالك عندي شيء؛ لجواز أن يكون أودعه، ثم تلفت بغير تفريط، أو ردها فلا يكون له عنده شيء. (المصدر السابق).

(٣) إذا ادَّعى المودَع ردَّ الوديعة إلى مالكها، وأنكر المالك الرد، فقد اختلف في ذلك على قولين: فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ أن القول قول المودَع بيمينه؛ لأنه أمين لامنفعة له في قبض العين فقبل قوله في الرد، ولأن المودِع لما أقامه مقام نفسه وجب أن يكون قوله مقبولاً كقوله على نفسه.

وعند المالكية: إن قبضها المودَع ببينة فالقول قول المودَع، وإن قبضها بغير بينة فالقول قوله؛ لأن المالك إذا لم يشهد فقد رضي أمانته فقبل قوله، وإن أشهد لم يرض أمانته فلم يقبل قوله.

(المبسوط: ٢٨ / ٣٠، والكافي لابن عبدالبر: ص ٤٠٢، والذخيرة: ٩ / ١٤٥، والحاوي: ١٠ / ٤٠٦، والفروع: ٤ / ٢٣٠، والمبدع: ٥ / ٢٤٣).

وفي الإفصاح (٢ / ٢٣): «واتفقوا على أنه ... لو قال: ما تستحقُّ عندي شيئاً، ثم قال: ضاعت، كان القول قوله».

(٤) يعني ثم ثبتت ببينة أو إقرار، ثم ادعى الرد أو التلف بعد؛ قبل قوله بيمينه.

---

[١] في / ف بلفظ (تبين).

بَعْدَهُ بِهَا، وَإِنِ ادَّعَى وارِثُهُ الرَّدَّ مِنْهُ أَوْ مِنْ مُورِّثِهِ لَمْ يُقْبَلْ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ، وَإِنْ طَلَبَ أَحَدُ الْمُودِعِينَ نَصِيبَهُ مِنْ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ يَنْقَسِمُ أَخَذَهُ،

ادعى[١] الرد أو التلف (**بعده**) أي بعد جحوده (**بها**) أي بالبينة(١)؛ لأن قوله لا ينافي ما شهدت به البينة ولا يكذبها(٢)، (**وإن**) مات المودع و (**ادعى وارثه**[٢] **الرد منه**)، أي من وارث المودع لربها (**أو من مورثه**) وهو المودع (**لم يقبل إلا ببينة**)(٣)؛ لأن صاحبها لم يأتمنه عليها بخلاف المودع(٤)، (**وإن طلب أحد المودعين نصيبه**(٥) **من مكيل أو موزون ينقسم**)(٦) بلا ضرر (**أخذه**) أي أخذ نصيبه فيسلم[٢] إليه،

---

(١) يعني فيقبل قوله بالبينة إذا شهدت له بالرد أو التلف.

(٢) لأن قوله: لم تودعني لا ينافي ما شهدت به البينة من الرد أو التلف، ولا يكذبها فقبلت، فإن من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه؛ لا شيء لمالكها عنده، ولا يستحق عليه شيئاً.

(٣) وإن تلفت عند الوارث قبل إمكان ردها؛ لم يضمن.

(٤) فإنه ائتمنه عليها، فقبل قوله بلا بينة.

(٥) وذلك إما لغيبة شريكه، أو مع حضوره وامتناعه من أخذ نصيبه، ومن الإذن لشريكه في أخذ نصيبه. (ينظر كشاف القناع ٤ / ١٨٤).

(٦) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف؛ فيسلم إلى الطالب نصيبه وجوباً.

واختار القاضي والناظم: لا يلزمه الدفع إلا بإذن شريكه أو الحاكم.

وكذا الحكم لو كان الشريك حاضراً، وامتنع من المطالبة بنصيبه، والإذن في التسليم إلى صاحبه. (الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥ / ٦٨). =

---

[١] في / هـ بلفظ (الدعى).   [٢] في / ف بلفظ (ويسلم).

وَلِلْمُسْتَوْدَعِ وَالْمُضَارَبِ وَالْمُرْتَهَنِ وَالْمُسْتَأْجَرِ مُطَالَبَةُ غَاصِبِ الْعَيْنِ.

لأن قسمته[١] ممكنة بغير ضرر ولا غبن، (**وللمستودع والمضارب والمرتهن والمستأجر**) إذا غصبت العين(١) منهم (**مطالبة غاصب العين**) لأنهم مأمورون بحفظها، وذلك منه(٢)، وإن صادره سلطان أو أخذه منه قهراً لم يضمن، قاله أبو الخطاب(٣).

= وعلم مما تقدَّم أن ذلك لا يجوز من غير المثلي إلا بإذن شريك أو حاكم؛ لأن قسمته لا يؤمن فيها الحيف.

(١) وكذا مستعير، ومجاعل على عملها، وهذا هو المذهب.
والوجه الثاني: ليس له المطالبة في الوديعة؛ لأنه لم يؤمر به، ولا ضمان على المودَع.

(٢) في الإفصاح (٢/ ٢٧): «واختلفوا في الوديعة إذا سرقت، فهل للمودِع أن يخاصم سارقها من غير توكيل من المالك؟ فقال مالك والشافعي وأحمد: ليس له أن يخاصم إلا أن يوكله المالك، وقال أبو حنيفة: له ذلك بغير توكيل».

(٣) في الإنصاف مع الشرح (١٦/ ٦٩): «**فوائد: إحداها**: حكم المضارب، والمرتهن، والمستأجر في المطالبة، إذا غُصب منهم ما بأيديهم، حكم المودع. قاله أكثر الأصحاب، وقدم في «الخُلاصة» أنه ليس له بالمطالبة في «الوديعة». وجزم بالجواز في المرتهن، والمتسأجر. ومال إليه الحارثي. وقال المصنف في المُضارب: لا يلزمه المطالبة مع حضور رب المال.
الثانية: لو أُكره على دفع الوديعة ربها، لم يضمن. قاله الأصحاب.

---

[١] في / ف بلفظ (لا قسمته).

. . . .

. . . .

وفي « الفتاوى الرَّجبيات »، عن أبي الخطاب، وابن عقيل، الضمانُ مُطلقاً؛ لأنَّه افتدى به ضرره. وإن صادره السلطان، لم يضمن، على الصحيح من المذهب.

وقال أبو الوفاء: يضمن، إن فرط. وعند أبي الوفاء، إن ظن أخذها منه بإقراره، كان دالاً. ويضمن.

الثالثة: لو أخر ردَّ الوديعة بعد طلبها بلا عذرٍ، ضمن،وبعذرٍ، لا يضمن؛ كالخوف في الطريق، والعجز عن الحمل، وعن الوصول إليها؛ لسيل أو نار، ونحو ذلك.

الرابعة: لو أمره بالرد إلى وكيله فتمكن وأبى ضمن. والصحيح من المذهب، ولو لم يطلبها وكيله. قال في « التلخيص »، و « الفروع ». وقيل: لا يضمنُ إلا إذا طلبها وكيلُه. وأبىٰ الرَّدَّ.

الخامسة: لو أخَّرَ دفع مالٍ أمرَ بدفعه بلا عذر، ضمن، كما تقدم نظيره في الوديعة. وهذا الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحابٌ.

وقيل: لا يضمنُ. واختاره أبو المعالي.

فوائد: **منها**: لو وجد لُقطة في غير طريق مأتي، فهي لقطة. على الصحيح من المذهب. قدمه في « الفائق ». واختارَ الشيخ تقيُّ الدين أنه كالرِّكاز. واختاره في « الفائق »، وجعله في « الفروع » توجيهاً له.

ومنها: لو أخذَ متاعهُ، أو ثوبه، وتُرِك له بدلُه، فالصحيح من المذهب أنه لقطةٌ.

وقيل: لا يعرفه مع قرينة سرقة. وهو احتمالٌ للمُصنف. قلت: وهو عينُ الصواب. قال الحارثي: وهذا حسنٌ.

. . . .

. . . .

. . . .

ومنها: لو وجد في جوف حيوانٍ دُرَّةً، أو نقداً، فهو لُقطةٌ لواجده. على الصحيح من المذهب. ونقل ابن منصور، تكون لقطة للبائع إن ادَّعاه، إلا أن يدعى المُشتري أنه أكله عندَه فهو له. فأمَّا إن كانت الدُّرةُ غير مثقوبة في السمكة، فهي للصياد؛ لأن الظاهرَ ابتلاعها من معدنِها.

ومنها: لو وجد لقطة بدارِ الحرب وهو في الجيش، عرفها، ثم وضعها في المغنم. نص عليه. وإن كان دخل بأمانٍ، عرفها، ثم هي له، إلاَّ أن يكون في جيشٍ، فهي كالتي قبلها. وإن دخل متلصِّصاً، عرَّفها، ثم هي كالغَنيمة. على الصحيح من المذهب. ويحتمل أن تكون له من غير تعريف. ذكره المُصنف. قلت: وهذا هو الصواب، وكيف يُعرِّف ذلك؟

ومنها: مؤنَةُ ردِّ اللقطة على ربِّها. على الصحيح من المذهب. وقال في «الترغيب»، و «الرِّعاية»: مؤنة الردِّ على المُلتَقِطِ.

ومنها: ضمانها بموته، كالوديعة.

ومنها: لو استيقظَ فوجَد في ثوبه دراهم، لا يعلمُ من صرَّها، فهي له، ولا تعريف. ولأحمد نصٌّ يُوجبُ التعريف وينفي الملك.

ومنها: لو ألقت الرِّيح إلى داره ثوب إنسان؛ فإن جهل المالك، فلقطةٌ، وإن علِمَه، دفعه إليه، فإن لم يفعل، ضمن بحبس مالِ الغير من غير إذنٍ ولا تعريف.

ومنها: لو سقط طائرٌ في داره، فقال في «المُغني»: لا يلزمه حفظُه ولا إعلامُ صاحبه؛ لأنه محفوظٌ بنفسه، وهذا ما لم ينقطع عنه، أمَّا إنِ انقطع، وجب حفظُه والدَّفعُ إليه؛ لأنه ضائعٌ عنه» ا.هـ.

. . . .

بَـابُ إحْيَاءِ الـمَوَاتِ

وَهِيَ: الأَرْضُ الـمُنْفَكَّةُ عَنِ الاخْتِصَاصَاتِ وَمُلْكٍ مَعْصُومٍ،

باب إحياء الموات(١)

بفتح الميم والواو (وهـي) [مشتقة][١] من الموت، وهو عدم[٢] الحيـاة(٢)، واصطلاحـاً: **(الأرض المنفكـة عن الاختصـاصات(٣) ومـلك معصـوم)(٤)**؛ . . . .

---

(١) الأصل فيه: السنة كما في حديث جابر الآتي.

واتفق الأئمة عليه ففي الإفصاح (٢/٤٩): «واتفقوا على جواز إحياء الأرض الميتة العادية».

(٢) في المصباح (٢/٥٨٤): «ماتت الأرض مَوَتاناً بفتحتين، ومَوَاتاً بالفتح: خلت من العمارة والسكان فهي موات تسمية بالمصدر. وقيل: الموات: الأرض التي لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد» ا.هـ.

وانظر تاج العروس ١/٥٨٧.

(٣) كالطرق والأفنية، ومسايل المياه، ونحو ذلك.

(٤) من مسلم وكافر فشمل الذمي والمعاهد، والمستأمن دون الحربي.

ومن تعاريف الحنفية للموات: ما ليس بملك لأحد، ولا هي من مرافق البلد، بل خارجة عنه سواء قربت أم بعدت.

ومن تعاريف المالكية: ما سلم عن الاختصاص بعمارة ولو اندرست.

ومن تعاريف الشـافعية: ما لم يكن عامراً، ولا حريما بما قرب من العامر أم بعد.

=

---

[١] ساقط من / م، ف.　　[٢] من / م، ف بلفظ (وعدم).

فَمَنْ أَحْيَاهَا مَلَكَهَا

بخلاف الطرق والأفنية[١] ومسيل المياه، والمحتطبات ونحوها[٢]، وما جرى عليه ملك معصوم بشراء أو عطية أو غيرهما، فلا يملك شيء من ذلك بالإحياء[٣] **(فمن أحياها)** أي الأرض الموات **(ملكها)**[٤][٥]

= (الدر المختار ٦ / ٤٣٢، ومختصر خليل مع جواهر الإكليل ٢ / ٢٠٢، ومغني المحتاج ٢ / ٣٦١).

(١) في المصباح (٢ / ٤٨٢): «الفناء مثل كتاب، وهو سعة أمام البيت، وقيل: ما امتد من جوانبه».

(٢) كمدفن موتاه، ومطرح ترابه، وحريم البئر والعين، وكالبقاع المرصدة لصلاة العيدين والجنائز.

(٣) في المغني (٨ / ١٤٧): «قال ابن عبدالبر: أجمع العلماء أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز إحياؤه لأحد غير أربابه».
فرع: لو كانت الأرض عامرة فصارت بالخراب مواتاً: فالمذهب ومذهب الشافعية: أنه لا يملك بالإحياء، سواء عرف أربابه أم لم يعرفوا.
وعند أبي حنيفة: إن عرف أربابه لم يملك بالإحياء، وإن لم يعرفوا ملك.
وقال مالك: يملكه من أحياه عرف أربابه أم لم يعرفوا. (المصادر السابقة).

(٤) باتفاق الأئمة. (الإفصاح: ٢ / ٤٩).

(٥) ومن تعاريف الحنفية لإحياء الموات: «أنه التسبب للحياة النامية ببناء، أو غرس أو كرب - أي حراثة - أو سقي». =

....

لحديث جابر يرفعه: «**من أحيا أرضاً ميتة فهي له**»[(١)] رواه أحمد والترمذي وصححه، وعن عائشة مثله، رواه مالك وأبو داود وقال ابن عبدالبر: هو مسند صحيح[١] متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم

= ومن تعاريف الشافعية: «أنه عمارة الأرض الخربة التي لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد».

(حاشية ابن عابدين: ٥/٢٧٧، ومواهب الجليل: ٦/٢، وحاشية البجيرمي على الخطيب: ٣/١٩٢).

وحكمه التكليفي: الجواز باتفاق الأئمة؛ لما استدل به المؤلف.

والحكمة من جوازه: أنه سبب لزيادة الأقوات، والخصب للأحياء.

(١) حديث جابر بن عبدالله أخرجه الترمذي: (٣/٦٥٤-٦٥٥)، الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات (ح: ١٣٧٩)، وأحمد (٣/٣٠٤، ٣١٣، ٣٢٧، ٣٣٨، ٣٥٦)، والنسائي في الكبرى: (٣/٤٠٤- ح: ٢٦١٠)، وابن أبي شيبة: (٧/٧٤- ح ٣١٩-٣٢٠، ح ٥١٧٩، ٥١٨٠، ٥١٨١)، ويحيى بن آدم في الخراج (ص ٨٢ - ح ٢٥٩)، وأبو عبيد في الأقوال: (ص ٢٩٨)، وابن زنجويه في الأموال: (٢/٦٣٧)، وأبو يعلى: (٣/٣٤٠ - ح ١٨٠٥)، (٤/١٣٩ح ٢١٩٥) وابن حزم في المحلى: (٨/٢٣٦)، والبيهقي: (٦/١٤٨)، والبغوي في شرح السنة: (٦/١٤٩-١٥٠).

أما حديث عائشة فلم أجده عند مالك ولا عند أبي داود، وإنما أخرجاه من حديث عروة بن الزبير مرسلاً. =

---

[١] في / . ، ف ، ط بلفظ (مسند).

مِنْ مُسْلِمٍ وكَافِرٍ، بِإِذْنِ الإِمَامِ

(**من مسلم وكافر**)[١] ذمي مكلف وغيره لعموم ما تقدم، لكن على الذمي خراج ما أحيى من موات عنوة (**بإذن الإمام**) في الإحياء

= وروي من طريق عروة عن عائشة موصولاً أخرجه البخاري: (٣/ ٧٠)، الحرث والمزارعة، باب من أحيا أرضاً مواتاً، والنسائي في الكبرى: (٣/ ٤٠٤ – ح ٥٧٥٩)، والطيالسي: (ص ٢٠٣-٢٠٤ – ح ١٤٤٠) وأبو عبيد في الأقوال: (ص ٢٩٨)، وابن زنجويه في الأقوال: (٢/ ٦٣٨)، وابن الجارود في المنتقى: (ص ٣٣٧-٣٣٨ – ح ١٠١٤)، والدارقطني: (٤/ ٢١٧)، وابن حزم في المحلى: (٨/ ٢٣٥)، والبيهقي: (٦/ ١٤١-١٤٢)، والبغوي في شرح السنة: (٨/ ٢٧٠).

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدل به المؤلف.
وذهب بعض الحنفية كأبي القاسم البلخي: أنه يثبت ملك الاستغلال لا ملك الرقبة، قياساً على السبق للانتفاع بالمرافق العامة كالمجالس، ونحوها، وهو مردود بالنص.
وذهب الإمام مالك وبه قال بعض الحنابلة إلى: أن الذمي لا يملك بالإحياء في دار الإسلام؛ لما روى طاووس مرفوعاً: «**عادي الأرض لله ولرسوله، ثم هي لكم بعد**» رواه أبو عبيد والبيهقي، لكنه لا يثبت.
ولأن موتان الأرض من حقوقها، والدار للمسلمين، فكان مواتها لهم كمرافق المملوك.
ونوقش: بأنه يملك المباحات من الحشيش والحطب والصيد، والمعدن، واللقطة، فكذا الموات. (المصادر السابقة).

وَعَدَمه

(وعدمه)[1] لعموم الحديث، ولأنها عين مباحة فلا يفتقر ملكها إلى

---

(١) المحيي لا يخلو من أمرين: **الأول**: أن يكون مسلماً فالمذهب هو المذهب وبه قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية، وهو مذهب الشافعية: أنه لا يشترط إذن الإمام؛ لما استدل به المؤلف، ولأن هذه عين مباحة، فلا يفتقر ملكها إلى إذن الإمام كأخذ الحشيش، والحطب.

وعند أبي حنيفة: يشترط إذن الإمام؛ لحديث معاذ مرفوعاً: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه» أخرجه الطبراني في الكبير، والبيهقي في المعرفة، وقال: «هذا إسناد لا يحتج به» (الدراية: ٢/ ١٢٨، ٢٤٤).

والخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد: إذا ترك الاستئذان جهلاً أما إن تركه عمداً متهاوناً بالإمام كان له أن يسترد الأرض زجراً له.

وعند المالكية: يشترط إذن الإمام في القريب من العمران قولاً واحداً، ولهم في البعيد قولان.

والمفهوم من كلامهم: أن العبرة بما يحتاجه الناس، فما احتاجوه لابد فيه من الإذن، وما لا فلا.

(تبيين الحقائق: ٦/ ٣٥، وشرح الدر المختار: ٥/ ٢٨٧، ومواهب الجليل: ٦/ ١١، والإقناع للخطيب: ٣/ ١٩٥، وكشاف القناع: ٤٤/ ١٥٨، ومطالب أولى النهى: ٤/ ١٨٠).

الأمر الثاني: أن يكون ذميًّا، فالمذهب: أنه لا يشترط إذن الإمام، ولو كان في بلاد المسلمين للعمومات.

وعند الحنفية: يشترط إذن الإمام كما في شرح الدر المختار. =

. . . .

فِي دَارِ الإِسْلَامِ وَغَيْرِهَا وَالعَنْوَةُ كَغَيْرِهَا، وَيُمْلَكُ بِالإِحْيَاءِ مَا قَرُبَ مِنْ عَامِرٍ إِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَصْلَحَتِهِ،

إذن (**في دار الإسلام وغيرها**)، فجميع البلاد [سواء][١] في ذلك، (**والعنوة**)(١) كأرض مصر والشام والعراق (**كغيرها**) مما أسلم أهله عليه(٢) أو صولحوا عليه(٣)، إلا ما أحياه مسلم من أرض كفار صولحوا على أنها لهم ولنا الخراج(٤).

(**ويملك بالإحياء ما قرب من عامر إن لم يتعلق بمصلحته**)(٥) لعموم ما

= وعند المالكية: الذمي كالمسلم فيما تقدم، إلا في الإحياء في جزيرة العرب فلابد فيه من الإذن عند مطرف وابن الماجشون.

وعند الشافعية: لا يجوز إحياء الذمي في بلاد الإسلام مطلقاً.

(المصادر السابقة)

(١) أي غلبة وقهراً. (المطلع: ص ١٣٢).

(٢) يملك بالإحياء، ولا خراج عليه إلا أن يكون المحيي ذميًّا كغير الموات.

(٣) أي أن الأرض للمسلمين كأرض خيبر، فيملك بالإحياء كغيره.

(٤) لأنهم صولحوا في بلادهم، فلا يجوز التعرض لشيء منها؛ لأن الموات تابع للبلد. (ينظر الشرح الكبير لابن قدامة ٣ / ٣٧٤).

(٥) في المغني (٨/ ١٤٩): «كل ما تعلق بمصالح العامر من طرقه، ومسيل مائه، ومطرح قمامته، وملقى ترابه وآلاته، لا يجوز إحياؤه بغير خلاف في المذهب، وكذا ما تعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها، ومحتطبها وطرقها، ومسيل مائها لا يملك بالإحياء لا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم».

---

[١] ساقط من / م.

. . . .

تقدم(١)، وانتفاء المانع(٢)، فإن تعلق بمصالحه كمقبرة[١](٣) وملقى كناسته ونحوهما(٤) لم يملك، وكذا موات الحرم وعرفات لا يملك بإحياء[٢](٥)، وإذا وقع في الطريق وقت الإحياء نزاع فلها سبعة أذرع

(١) لحديث جابر السابق.

(٢) وهو التعلق بمصالح العامر فجاز إحياؤه كالبعيد.

(٣) وهي مدفن الموتى، أو المرصدة لدفن الموتى ولو قبل الدفن.

(٤) كملقى ترابه، بلا خلاف كما تقدم قريباً عن المغني.

(٥) إحياء أراضي حرم مكة ينقسم إلى قسمين:

الأول: إحياء أراضي المشاعر كمنًى، ومزدلفة، وعرفات: فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: التحريم؛ لحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: يا رسول الله «**ألا نبني لك بمنًى بيتاً، أو بناء يظلك من الشمس، فقال: لا إنما هو مناخ من سبق إليه**» رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه، وابن ماجه.

ولحديث عائشة رضي الله عنها مرفوعاً: «**من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها**» رواه البخاري، وأراضي المشاعر قد تعلق بها حق جميع المسلمين.

وفي قول للشافعية والحنابلة: الجواز؛ لعموم أحاديث الإحياء.

ونوقش: هذا الاستدلال بأن أراضي المشاعر لا يسلم أنها موات، بل ملك لجميع المسلمين.

=

[١] في / م، ف، هـ بلفظ (كمقبرته).

[٢] في / ف بلفظ (بالاحياء).

. . . .

ولا تغير[١] بعد وضعها(١)، ولا يملك معدن ظاهر كملح، وكحل، وجص بإحياء(٢)، وليس للإمام إقطاعه وما نضب عنه الماء من الجزائر لم يحي

= **الثاني**: حكم إحياء أراضي الحرم غير المشاعر: فالمذهب: التحريم؛ لقول الله تعالى: ﴿**وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ الَّذِي جَعَلْنَاهُ لِلنَّاسِ سَوَاءً الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ**﴾.

وعند المرداوي من الحنابلة: جواز إحياء ما لا يحتاج إليه الحاج ألبتة إن وجد.

وعند الحنفية، والمالكية، والشافعية: الجواز؛ لعموم أحاديث الإحياء.

(المبسوط: ٢٣/ ١٦٦، وبدائع الصنائع: ٦/ ١٩٤، والشرح الكبير للدردير: ٤/ ٦٧، والمنتقى: ٦/ ٢٧، ومغني المحتاج: ٢/ ٣٦٤، والفروع: ٤/ ٥٥٦، والإنصاف: ٦/ ٣٦٠).

(١) لحديث أبي هريرة مرفوعاً: «**إذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبعة أذرع**» متفق عليه.

(٢) المعدن ينقسم إلى قسمين:

الأول: الظاهر وهي التي يتوصل إليها بعمل يسير كالنفط، والكبريت، والقار، والكحل ونحو ذلك، فالمذهب ومذهب الحنفية: أنها لا تملك بالإحياء، ولا يجوز إقطاعها لأحد؛ لأن النبي ﷺ «أقطع أبيض بن حمَّال معدن الملح، فلما قيل له إنه بمنزلة الماء العدِّ رده» رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان وصححه، وضعفه ابن القطان (التلخيص: ٣/ ٦٤).

ولأن في ذلك ضرراً على المسلمين وتضييقاً عليهم، إذ هي كالماء الذي لا يجوز إقطاعه. =

---

[١] في / م، ف بلفظ (تعتبر).

. . . .

بالبناء، لأنه يرد الماء إلى الجانب الآخر فيضر بأهله(١) وينتفع به بنحو

= وعند المالكية: أنها إلى الإمام يعطيها لمن شاء من المسلمين.

وعند الشافعية: يملكها المحيي بشرط عدم علمه بوجودها قبل الإحياء؛ لأنها من أجزاء الأرض، وقد ملكها بالإحياء فيملك المعادن تبعاً.

الثاني: الباطنة، وهي التي لا تخرج إلا بعمل ومؤنة كالذهب والفضة، والحديد والنحاس والرصاص، فالمذهب، ومذهب الحنفية، ومذهب الشافعية: أنها ملك لمن استخرجها؛ لأنها مستخرجة من موات لا ينتفع به إلا بالعمل والمؤنة، فيملك بالإحياء.

وفي وجه عند الحنابلة: أنها لا تملك بالإحياء؛ لأن الإحياء الذي يملك به هو العمارة التي يهيأ بها المحيا للانتفاع من غير تكرار عمل، وإخراج المعادن حفر وتخريب يحتاج إلى تكرار عند كل انتفاع.

وعند المالكية: المعادن الباطنة كالظاهرة أمرها إلى الإمام.

(حاشية ابن عابدين: ٥/٨٣٨٣، وحاشية الدسوقي: ١/٤٨٦، والبجيرمي على الخطيب: ٣/١٩٩)

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لما علل به المؤلف.

وفي ظاهر الرواية عند الحنفية وبه قال سحنون ومطرف وأصبغ: أنه يملك بالإحياء؛ لأن الموات اسم لما لا ينتفع به، فإذا لم يكن ملكاً لأحد، ولاحقاً خاصًّا له لم يكن منتفعاً به فكان مواتاً.

وفي رواية لأبي حنيفة: أنه إذا كان الماء قريباً لا يكون مواتاً؛ لأن ما يكون قريباً من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه. =

. . . .

وَمَنْ أَحَاطَ مَوَاتاً

زرع[١].

(ومن أحاط مواتاً) بأن أدار حوله حائطاً منيعاً بما جرت العادة[٢] به فقد أحياه[٣]، . . . .

= وعند محمد بن الحسن: تعتبر حقيقة الانتفاع حتى لا يجوز إحياء ما ينتفع به أهل القرية وإن كان بعيداً، ويجوز إحياء ما لا ينتفعون به وإن كان قريباً من العامر.
والقول الآخر عند المالكية: أن باطن النهر إذا يبس يكون ملكاً لصاحبي الأرض التي بجنب النهر لكل واحد منهما ما يجاور أرضه مناصفة، وكذلك إذا مال النهر عن مجراه إلى الأرض المجاورة له.
(الفتاوى الهندية: ٥/٣٨٦، وحاشية ابن عابدين: ٥/٢٧٨، والتاج والإكليل: ٦/٢، والرهوني على الزرقاني: ٧/٩٨، والبجيرمي على الخطيب: ٣/١٩٥).

(١) وبه قال الشافعية.
يعني إذا لم يكن مملوكاً فله إحياؤه كموات، والانتفاع به بنحو زرع مع عدم الضرر، وإن غلب الماء على ملك إنسان، ثم نضب عنه فله أخذه، ولا يزول ملكه بغلبة الماء عليه.

(٢) أي عادة أهل البلد البناء به، من لبن، أو آجر، أوحجر، ونحوه.

(٣) وهذا هو المذهب؛ وعن الإمام أحمد: إحياء الأرض ما عد عرفاً إحياء لأن الشرع ورد بتعليق الملك على الإحياء ولم يبينه، فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء في العرف. =

. . . .

. . . .

. . . .

= وعند الحنفية: يكون الإحياء بالبناء على الأرض الموات، أو الغرس، أو كريها – حرثها – أو سقيها.

وعند مالك: إحياء الأرض أن يحفر فيها بئراً، أو يجري عيناً، أو يغرس شجراً، أو يبني، أو يحرث ما فعل من ذلك فهو إحياء.

قال عياض: اتفق على أحد سبعة أمور: تفجير الماء، وإخراجه عن غامرها، والبناء، والغرس، والحرث، ومثله تحريك الأرض بالحفر، وقطع شجرها، وسابعها كسر حجرها، وتسوية حفرها، وتعديل أرضها.

وعند الشافعية: أن الإحياء يختلف بحسب المقصود منه، فإن أراد مسكناً اشترط لحصوله تحويط البقعة بآجر أو لبن، أو محض الطين أو ألواح الخشب والقصب بحسب العادة، وسقف بعضها لتهيأ للسكنى ونصب باب؛ لأنه المعتاد، وقيل: لا يشترط.

وإن كان المقصود زريبة للدوآب فيشترط التحويط، ولا يكفي نصب سعف أو أحجار من غير بناء، ولا يشترط السقف، والخلاف في الباب كالخلاف فيه بالنسبة للسكنى. والإحياء في المزرعة يكون بجمع التراب حولها، وفي معنى التراب قصب وحجر وشوك،ولا حاجة إلى تحويط. . .

ولا يشترط الزراعة بالفعل على أحد القولين؛ لأنها استيفاء منفعة وهو خارج عن الإحياء.

والقول الثاني: لابد منها؛ لأن الدار لا تصير محياة إلا إذا حصل فيها عين مال المحيين، وكذا الأرض. =

. . . .

أَوْ حَفَرَ بِئْراً

سواء أرادها للبناء أو غيره[١][٢] لقوله عليه السلام: «**من أحاط حائطاً على أرض فهي له**» رواه أحمد وأبو داود عن جابر[٣]، (**أو حفر بئراً**

= (الفتاوى الهندية: ٥/٣٨٦، والتاج والإكليل: ٦/١٢، وحاشية الدسوقي: ٤٠/٦٩، والقليوبي وعميرة: ٣/٩٠ والمغني: ٨/١٧٦).

(١) كما لو أرادها لزرع، أو حظيرة غنم، أو غيرهما.

(٢) والمقدار المعتبر ما يسمى حائطاً في اللغة.

(٣) أخرجه أحمد (٣/٣٨١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار: (٣/٢٦٨) من طريق محمد بن بشر عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن سليمان ابن قيس اليشكري عن جابر بن عبدالله، وإسناده صحيح، وقد زال الخوف من تدليس قتادة لأن الراوي عنه سعيد بن أبي عروبة. قال يحيى ابن معين: أثبت الناس في قتادة؛ سعيد بن أبي عروبة وهشام الدستوائي وشعبة، فمن حدثك من هؤلاء الثلاثة بحديث يعني عن قتادة فلا تبال ألا تسمعه من غيره.

انظر: الجرح والتعديل: (٤/٦٥)، ونقل ابن رجب في شرح علل الترمذي (٢/٥٠٦) عن البرديجي: «إذا أردت أن تعلم صحيح حديث قتادة فانظر إلى رواية شعبة وسعيد بن أبي عروبة وهشام الدستوائي».

وزال الخوف أيضاً من اختلاط سعيد بن أبي عروبة؛ لأن الراوي عنه محمد بن بشر العبدي، وقد سمع منه قبل التغير والاختلاط.

وأما عزو المصنف الحديث لأبي داود، فلم أقف عليه في السنن، ولم =

. . . .

فَوَصَلَ إِلَى الـمَاءِ، أَوْ أَجْرَاهُ إِلَيْهِ مِنْ عَيْنٍ أَوْ نَحْوِهَا أَوْ حَبَسَهُ عَنْهُ لِيَزْرَعَ فَقَدْ أَحْيَاهُ، وَيُمْلَكُ حَرِيـمُ

فوصل إلى الماء) فقد أحياه[1]، **(أو أجراه)** أي الماء **(إليه)** أي إلى الموات **(من عين ونحوها أو حبسه)** أي الماء **(عنه)** أي عن الموات إذا كان لا يزرع معه **(ليزرع فقد أحياه)**؛ لأن نفع الأرض بذلك أكثر من الحائط، ولا إحياء بحرث وزرع[2]، **(ويملك)** المحيي **(حريم**

= يذكره المزي في تحفة الأشراف عن جابر، وإنما ذكره من حديث سمرة بن جندب، وحديث سمرة أخرجه أبو داود (٣/ ٤٥٦) الخراج (ح ٣٠٧٧)، وأحمد: (٥/ ١٢، ٢١)، والطيالسي: (ص ١٢٢، ح ٩٠٦)، وابن أبي شيبة: (٧/ ٧٦) وابن الجارود في المنتقى: (ص ٣٣٨، ح ١٠١٥)، وابن زنجويه في الأموال: (٢/ ٦٥٢)، والطبراني في الكبير: (٧/ ٢٥٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار: (٣/ ٢٦٨)، والبيهقي: (٦/ ١٤٨).

(١) وإن حفرها لارتفاقه كعادة من انتجع أرضاً، فهو أحق ما أقام، وإن رحل فسابلة، فإن عاد فهو أحق بها من غيره ويختص بها.
وإن حفر البئر فلم يصل إلى الماء فهو كالمتحجر الشارع في الإحياء يكون أحق بها من غيره.

(٢) وفي المغني ٨/ ١٧٨: «ولا يعتبر في إحياء الأرض حرثها ولا زرعها؛ لأن ذلك مما يتكرر كلما أراد الانتفاع بها».
وتقدم قول الأئمة.

البِئْرِ العَادِيَّةِ: خَمْسِينَ ذِرَاعَاً مِنْ كُلِّ جَانِبٍ، وَحَرِيمُ البَدِّيَّةِ نِصْفُهَا،

البئر العادية)(١)(٢) بتشديد الياء أي القديمة منسوبة إلى عاد، ولم يرد عاداً بعينها (**خمسين ذراعاً من كل جانب**) إذا كانت انطمت، وذهب ماؤها، فجدد حفرها وعمارتها، أو انقطع ماؤها فا[١]ستخرجه(٣)، (**وحريم البَدِّيَّةِ**) المحدثة(٤) (**نصفها**) خمسة وعشرون ذراعًا(٥). لما

---

(١) في الإقناع مع شرحه ٤ / ١٩٢: «وهي القديمة التي انطمت وذهب ماؤها فجدَّدَ حفرها وعمارتها، أو انقطع ماؤها فاستخرجه، ملكها وملك حريمها....».

(٢) في المطلع ص (٢٨١): «حريم البئر وغيرها: ما حولها من مرافقها وحقوقها....».

(٣) ملكها بذلك، وملك حريمها إذا كانت موات.

(٤) التي لم يسبق لها عمارة نصف العادية إذا كانت في موات، وحفرها للتمليك لأجل البئر، أو سقي الماشية.

(٥) وهذا هو المذهب، لما استدل به المؤلف، ولأن العادية أكثر غزارة للماء في الغالب.

وقال بعض الحنابلة: حريم البئر قدر الحاجة، اختاره القاضي في المجرد، وأبو الخطاب، وابن قدامة في الكافي.

وعند الحنفية: أن حريم بئر العطن – وهي التي يستقى منها للمواشي أربعون ذراعاً، من كل جانب على الصحيح.

وحريم بئر الناضح – وهي أن يحمل البعير الماء من نهر، أو بئر لسقي=

---

[١] في / س بلفظ (فإن استخرجه).

. . . .

روى أبو عبيد في «الأموال»[١] عن سعيد بن المسيب(١) قال: «السنة

= الزرع: أربعون ذراعاً.

وعند أبي يوسف ومحمد: ستون ذراعاً.

وعند المالكية: أن البئر ليس لها حريم محدود لاختلاف الأرض بالرخاوة والصلابة، ولكن حريمها ما لا ضرر معه عليها، وهو مقدار ما لا يضر بمائها، ولا يضيق مناخ إبلها، ولا مرابض مواشيها عند الورود.

وعند الشافعية: أن حريم البئر المحفورة في الموات - وهي ما كانت مطوية وينبع الماء منها -: موقف النازح منها، والحوض، وموضع الدولاب - وهو ما يستقي به النازح - ومتردد الدابة، كل ذلك غير محدد، وإنما هو بحسب الحاجة.

وحريم بئر القناة: وهي المحفورة من غير طي ليجتمع الماء فيها ويؤخذ لنحو المزارع ما لو حفر فيه نقص ماؤها، أو خيف سقوطها، ويختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها.

(الفتاوى الهندية: ٥ / ٣٨٧، والتاج والإكليل: ٦٣، وحاشية قليوبي وعميرة: ٣ / ٨٩، والانصاف مع الشرح الكبير: ١٥ / ١١٤، ومنتهى الإرادات: ١ / ٥٤٤).

(١) أحد العلماء، والفقهاء السبعة، قال فيه ابن المديني: لا أعلم في التابعين أوسع علماً منه، مات سنة (٩٠هـ) وقد ناهز الثمانين. (سير أعلام النبلاء ٤ / ٢١٧).

[١] في / س بلفظ (الأموات).

. . . .

في حريم القليب العادي خمسون ذراعاً، والبدي خمسة وعشرون ذراعاً»[١]. وروى الخلال والدارقطني نحوه مرفوعاً. وحريم شجرة قدر

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة: (٦/ ٣٧٥) البيوع، باب في حريم الآبار (ح ١٣٩٨)، وأبو داود في المراسيل: (ص ٢٠٥)، وابن زنجويه في الأموال: (٢/ ٦٥٤ - ح ١٠٧٨)، والحاكم في المستدرك: (٤/ ٩٧) الأحكام، وأبو نعيم في تاريخ أصبهان: (١/ ٢٠٩)، وابن حزم في المحلى: (٨/ ٢٣٩)، والبيهقي: (١٥٥-١٥٦) إحياء الموات، باب ما جاء في حريم الآبار، ومسدد في مسنده كما في المطالب العالية: (١/ ٤٢٠ - ح ١٣٩٩) من حديث سعيد بن المسيب مرسلاً.

وأخرجه ابن أبي شيبة: (٦/ ٣٧٤ - ح ١٣٩٧)، وأبو عبيد في الأموال: (ص ٣٠٤)، وابن زنجويه في الأموال: (٢/ ٦٥٥ - ح ١٠٧٩)، والبيهقي: (٦/ ١٥٥) من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب موقوفاً عليه.

وأخرجه الدارقطني: (٤/ ٢٢٠) الأقضية والأحكام (ح ٦٣) من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً موصولاً.

الحديث صحيح مرسلا، ومرسلات ابن المسيب من أصح المراسيل. قال الدارقطني في السنن بعد روايته للحديث: «الصحيح من الحديث أنه مرسل عن ابن المسيب، ومن أسنده فقد وهم».

وفي المغني (٨/ ١٨٠): «ولابد أن يكون البئر فيها ماء فإن لم تصل =

. . . .

. . . .

مد أغصانها[١]، وحريم دار من موات حولها مطرح تراب، وكناسة، وثلج، وماء ميزاب[٢]، ولا حريم لدار محفوفة بملك[٣]، ويتصرف كل منهم بحسب العادة[٤].

= إلى الماء فهو كالمتحجر الشارع في الإحياء، وقوله: «ومن حفر بئراً عادية» يحمل على البئر التي انطمت وذهب ماؤها فجدد حفرها وعمارتها، أو انقطع ماؤها فاستخرجه ليكون ذلك إحياء لها ... ولو حفر رجل بئراً للمسلمين ينتفعون بها، أو ينتفع بها مدة إقامته عندها ثم يتركها لم يملكها، وكان له الانتفاع بها فإذا تركها كانت للمسلمين كالمعادن الظاهرة، وهو أحق بها ما دام مقيماً عندها؛ لأنه سابق إليها كالمتجر الشارع في الإحياء».

(١) وهذا هو المذهب.

وعند الحنفية: خمس أذرع.

وعند المالكية: بقدر مصلحتها، وهذا كله في الأرض المباحة.

(المصادر السابقة)

(٢) وغير ذلك مما يرتفق به ساكنها، فيحرم على غيره التصرف فيه.

(٣) يعني للغير من كل جانب؛ لأن الحريم من المرافق، ولا يرتفق بملك غيره؛ لأن مالكه أحق به.

(٤) أي يتصرف كل واحد من أرباب الأملاك المتلاصقة في ملكه، وينتفع به بحسب العادة الجارية، فإن تعدى العادة منع من التعدي عملاً بالعادة.

. . . .

وَلِلإِمَامِ إِقْطَاعُ مَوَاتٍ لِمَنْ يُحْيِيهِ

ومن تحجر مواتاً بأن أدار حوله أحجاراً ونحوها لم يملكه وهو أحق به[١] ووارثه من بعده[٢]، وليس له بيعه[٣]، (**وللإمام إقطاع موات لمن يحييه**)[٤] . . . .

---

(١) وهذا هو المشهور من المذهب؛ لما روى أبو داود أن النبي ﷺ قال: «**من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به**».

قال الحارثي: وعن أحمد رواية بإفادة الملك، وهو الصحيح. (الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥ / ١٢٠).

(٢) في الإنصاف: «بلا نزاع» وهو قول الشافعية كما في الحاوي الكبير ٧ / ٤٩٠. لأنه حق للموروث فقام وارثه مقامه فيه كسائر حقوقه، ومثل ذلك الأرض الخراجية أحق بها، وورثته من بعده.

(٣) وهذا هو المذهب؛ لأنه لم يملكه؛ وشرط البيع أن يكون من مالك.

وقيل: يجوز بيعه وهو احتمال لأبي الخطاب، وأطلقهما في المحرر والرعايتين؛ لأنه أحق به. (المصدر السابق).

(٤) الاقطاع لغة: التمليك والإرفاق. (لسان العرب: ٨ / ٢٨١) والمصباح ٢ / ٥٠٨.

وفي الشرع: هو ما يقطعه الإمام من الأراضي رقبة أو منفعة لمن ينتفع به. (حاشية ابن عابدين: ٣ / ٣٩٢).

وينقسم الإقطاع إلى قسمين:

الأول: إقطاع إرفاق، وهو إرفاق الناس بمقاعد الأسواق، وأفنية الشوارع،=

. . . .

وَلاَ يَمْلِكُهُ،

«لأنه ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق»(١)، (ولا يملكه) بالإقطاع بل هو

= وحريم الأمصار، ومنازل المسافرين، ونحو ذلك، وهو أقسام: ما يختص الإرفاق فيه بالصحاري، وما يختص بأفنية الدور والأملاك، وما يختص بأفنية الشوارع والطرقات، وتأتي.

الثاني: إقطاع تمليك، وهو تمليك الإمام مجرداً عن شائبة العوضية بإحياء أو غيره، وهو أقسام: إقطاع الموات، وإقطاع العامر، وإقطاع المعادن، وتأتي.

(الخراج لأبي يوسف: ص ٦٦، وحاشية الدسوقي: ٤ /٦٨، والأحكام السلطانية للماوردي: ص ١٨٧، والأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص ٢٠٨، والمغني: ٨ /١٥٣).

(١) أخرجه الطبراني في الكبير: (١ /٣٧٠ - ح ١١٤٠)، والحاكم (١ / ٤٠٤) الزكاة، والبيهقي: (٤ /١٥٢)، الزكاة، باب زكاة المعادن، (٦ /١٤٨-١٤٩) إحياء الموات، باب من أقطع قطيعة أو تحجر أرضاً ثم لم يعمرها، من طريق الحارث بن بلال بن الحارث عن أبيه.

وأخرجه الطبراني في الكبير: (١ /٣٧٠ - ١١٤١)، والحاكم: (٣ /٥١٧)، معرفة الصحابة من طريق يحيى بن بلال بن الحارث عن أبيه بلال بن الحارث.

وأخرجه أحمد: (١ /٣٠٦)، وابن زنجويه في الأموال: (٢ /٧٤١ - ح ١٢٦٥) من حديث عبدالله بن عباس.

وأخرجه أبو داود: (٣ /٤٤٤-٤٤٥) الخراج، باب في إقطاع الأرضين (ح ٣٠٦٢، ٣٠٦٣)، وأحمد: (١ /٣٠٦)، والبيهقي: (٦ /١٤٥)، إحياء الموات، باب كتاب القطائع، من طريق كثير بن عبدالله بن عمرو =

. . . .

. . . .

أحق من غيره، فإذا أحياه ملكه(١).

= ابن عوف عن أبيه عن جده، وأخرجه مالك: (١/٢٤٨)، الزكاة (ح ٨)، وأبو داود: (٣/٤٤٣ - ح ٣٠٦١)، أبو عبيد في الأموال: (ص ٣٤٧)، ابن زنجويه في الأموال: (٢/٧٤٠)، والبيهقي: (٤/١٥٢)، من طريق ربيعة بن أبي عبدالرحمن عن غير واحد من علمائهم.

وأخرجه عبدالرزاق: (١١/٩ - ح ١٩٧٥٣)، والبيهقي: (٦/١٤٩)، من طريق ابن طاووس عن أبيه.

وأخرجه يحيى بن آدم في الخراج: (ص ٩٣ - ٢٩٤)، والبيهقي: (٦/١٤٩)، من حديث عبدالله بن أبي بكر مرسلاً.

الحديث في إقطاع النبي ﷺ لبلال بن الحارث العقيق ثابت، وصححه الحاكم والذهبي.

(١) إقطاع الموات ضربان:

الضرب الأول: ما لم يزل مواتاً من قديم الدهر فلم تجر فيه عمارة، ولا يثبت عليه ملك فهذا يجوز للإمام أن يقطعه من يحييه ويعمره، لما استدل به المؤلف.

والمذهب: أن إقطاع الموات لا يفيد تمليكاً، فإن أحياه ملكه بالإحياء، لا بالإقطاع؛ لأن عمر رضي الله عنه استرجع من بلال بن الحارث ما عجز عن إحيائه، ولو ملكه لم يسترجعه.

وجمهور العلماء: أنه يملكه بالإقطاع.

وفي الإنصاف مع الشرح (١٥/١٢٧): (وقال مالك: يثبت الملك =

. . . .

. . . .

. . . .

= بنفس الإقطاع يبيع ويهب ويتصرف، ويورث عنه قال: وهو الصحيح إعمالاً لحقيقة الإقطاع، وهو التمليك».

والضرب الثاني: ما كان عامراً فخرب فصار مواتاً عاطلاً، وهو نوعان:

الأول: ما كان عاديًّا - أي قديماً جاهلياً - فهو كالموات الذي لم يثبت فيه عمارة، ويجوز إقطاعه؛ وفي الحديث مرفوعاً: «**عـــادي الأرض لله ولرسوله، ثم هي لكم مني**» رواه الشافعي، وأعل بالإرسال. (التلخيص: ٣ / ٦٢).

الثـاني: ما كان إسلاميًّا جرى عليه ملك المسلمين، ثم خرب حتى صار مواتاً عاطلاً لا يعرف له مالك.

فالمذهب ومذهب الحنفية: يملك بالإحياء بشرط إقطاع الإمام له.

وعند المالكية: يملك بالإحياء مطلقاً بشرط أن تكون الأرض غير مقطعة، فإن كانت مقطعة فالراجح عندهم أنها لا تملك بالإحياء.

وعند الشافعية: أنه مال ضائع يرجع فيه إلى اجتهاد الإمام.

(الفتاوى الهندية: ٥ / ٣٨٦، والرهوني على الزرقاني: ٥ / ١٠٥، والأحكام السلطانية للماوردي: ص ١٩٠، والأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص ٢١٣).

وأما إقطاع العامر، فالعامر ضربان:

الأول: ما يتعين مالكه فلا نظر للسلطان في إقطاعه اتفاقاً، وهذا إذا كانت في دار الإسلام، فإن كانت في دار الحرب التي لا يثبت للمسلمين=

. . . .

وَإِقْطَاعُ الـجُلُوسِ فِي الطُّرُقِ الوَاسِعَةِ مَا لَمْ يَضُرَّ بِالنَّاسِ،

وللإمام أيضاً إقطاع غير موات تمليكًا وانتفاعاً[١] للمصلحة، **(وله إقطاع الجلوس)** للبيع والشراء **(في الطرق[٢] الواسعة)**(١) ورحبة مسجد غير محوطة(٢) **(ما لم يضر بالناس)**؛ لأنه ليس للإمام أن يأذن فيما لا مصلحة فيه فضلاً عما فيه مضرة(٣).

= عليها يد فأراد الإمام إقطاعها عند الظفر جاز.

والثاني: ما لم يتعين مالكه، فما اصطفاه الإمام لبيت المال، أو ما دخل بيت المال فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: عدم جواز إقطاعه؛ لكونه ملكاً لكافة المسلمين فجرى على رقبته حكم الوقف المؤبد.

وعند الحنفية: يجوز إقطاعه، إذ الأرض بمنزلة المال كما يعطى المال حيث ظهرت مصلحته.

(الخراج لأبي يوسف: ص ٦٣، وحاشية ابن عابدين: ٣/ ٢٦٥، وحاشية الدسوقي: ٤/ ٦٨، والأحكام السلطانية للماوردي: ص ٢٩٢، والأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص ٢١٥).

(١) لمحتاج إلى الجلوس فيها، فللإمام أن يقطعه إقطاع منفعة.

(٢) لأن المحوطة لا يجوز فيها البيع ونحوه، بل من المسجد، والرحبة بفتح الحاء وتسكينها: ساحة المسجد، وجمعها رحب ورحاب. (المطلع: ص ٢٨١).

(٣) إقطاع الإرفاق ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما يختص بالإرفاق فيه بالصحاري والفلوات حيث منازل المسافرين وحلول المياه وهو نوعان:

الأول: أن يكون لاجتياز السابلة واستراحة المسافرين فيه، والذي يخص=

---

[١] في / ف بلفظ (راتبعاً). [٢] في / ف بلفظ (الطريق).

وَيَكُونُ أَحَقَّ بِجُلُوسِهَا،

(**ويكون**) المقطع[١] له (**أحق بجلوسها**)(١) ولا يزول حقه بنقل متاعه منها(٢)؛ لأنه قد استحق بإقطاع الإمام، وله التظليل على

= السلطان من ذلك إصلاح عورته، وحفظ مياهه، والتخلية بين الناس وبين نزوله، والسابق أحق به حتى يرتحل؛ لقوله ﷺ: «**منىً مناخ من سبق**» فإن نزلوه سواء عدل بينهم نفياً للنزاع.

الثاني: أن يكون نزولهم للاستيطان، فللإمام منعهم، أو تركهم حسب المصلحة.

القسم الثاني: ما يختص بأفنية الدور والأملاك، فإن كان الارتفاق مضراً بأهلها منع اتفاقاً.

وإن لم يضر فالحنفية والمالكية، وهو قول للشافعية والحنابلة: أن لهم الارتفاق وإن لم يأذن أربابها؛ لأن الحريم، وهو ما ينتفع به أهل الدور غير مملوكة لأحد.

وفي قول للشافعية والحنابلة: أنه لا يجوز الارتفاق إلا بإذن؛ لأنه تبع لأملاكهم.

القسم الثالث: ما اختص بأفنية الشوارع والطرقات فموقوف على نظر السلطان، وفي حكم نظره وجهان:

الأول: أن نظره مقصور على كفهم عن التعدي، ومنعهم من الإضرار، والإصلاح بينهم عند التشاجر.

والثاني: أن نظره نظر مجتهد فيما يراه صالحاً في إجلاس من يجلس، ومنع من يمنع، وتقديم من يقدم. (المصادر السابقة).

(١) ما لم تزل رغبته، فإن زالت فهو كغيره.

(٢) ما لم يعدالإمام في إقطاعه. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥ / ١٣٠).

---

[١] في / س بلفظ (المنقطع).

وَمَنْ غَيْرِ إِقْطَاعٍ لِمَنْ سَبَقَ بِالجُلُوسِ مَا بَقِيَ قُمَاشُهُ فِيهَا وَإِنْ طَالَ،

نفسه بما ليس ببناء بلا ضرر[١]، ويسمى هذا إقطاع إرفاق[٢]، (**ومن غير إقطاع**) للطريق الواسعة والرحبة غير المحوطة الحق (**لمن سبق بالجلوس ما بقي قماشه**[٣][٤] **فيها وإن طال**)[٥]، جزم به في «الوجيز» لأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فلم يمنع، فإذا نقل متاعه كان لغيره الجلوس[٦]، . . . .

---

(١) من بارية وكساء؛ لدعاء الحاجة إليه، وليس له أن يبني دكة في الطريق ولو واسعاً؛ لما فيه من التضييق. (المصدر السابق: ١٥/ ١٣٢).

(٢) ومنفعة لا تمليك.

(٣) القماش: بضم القاف، متاع البيت. (المطلع: ص ٢٨١).

(٤) بالاتفاق (الشرح الكبير: ١٥/ ١٣٢) ما لم يضر، وله الجلوس ولو ليلاً، وكذا لو أجلس أجنبيًّا أو غلامه؛ ليحفظ له المكان.

(٥) وهذا هو الوجه الأول في المذهب، قال الحارثي: وهذا اللائق بأصول الأصحاب حيث قالوا بالإقطاع. لما علل به المؤلف.
والوجه الثاني: يزال، قال الحارثي: هذا أظهر عندهم؛ لما علل به المؤلف. (المصدر السابق).

(٦) في مكانه، ولو لم يأت الليل، ولا يحتاج فيه إلا إذن الإمام، بخلاف المقطع فإن استحقاقه بإذن الإمام فلا يزول حقه بنقل، وهذا استحقاقه بسبقه، ومقامه فيها، فإن انتقل عنها زال استحقاقه.

. . . .

وَإِنْ سَبَقَ اثنانِ اقْتَرَعا،

وفي «المنتهى» وغيره[١]، فإن أطاله أزيل لأنه يصير كالمالك[٢]، **(وإن سبق اثنان)** فأكثر إليها[٣] وضاقت **(اقترعا)**[٤] لأنهما استويا في السبق والقرعة مميزة، ومن سبق إلى مباح من صيد أو حطب أو معدن ونحوه[٥] فهو أحق به[٦]، وإن سبق إليه اثنان قسم بينهما[٧].

---

(١) كالإقناع.

(٢) وإن قام وترك متاعه لم يكن لغيره إزالته.

(٣) أي الطريق الواسع، ورحبة المسجد غير المحوطة.

(٤) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

والوجه الثاني: يقدم الإمام من يرى منهما، حكاه القاضي. (الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥ / ١٣٤).

(٥) كثمر مباح، ومنبوذ رغبة عنه، ونثار في عرس، وما يتركه حصاد من ذرع ولقاط من ثمر، ونحو ذلك. (الإنصاف مع الشرح: ١٦ / ١٣٩).

(٦) مسلماً كان أو ذمياً، والملك فيه مقصور على القدر المأخوذ.

(٧) وهذا هو المذهب؛ لأن قسمته ممكنة فلا يؤخر حق أحدهما؛ لأنه لا ميزة لأحدهما على الآخر.

وقيل: يقترعان، وقيل يقدم الإمام أيهما شاء. (الإنصاف مع الشرح: ١٦ / ١٣٨). =

وَلِمَنْ فِي أَعْلَى الـمَاءِ الـمُبَاحِ السَّقْيُ وَحَبْسُ الـمَاءِ إِلَى أَنْ يَصِلَ إِلَى كَعْبِهِ، ثُمَّ يُرْسِلُهُ إِلَى مَنْ يَلِيهِ،

(**ولمن في أعلى الماء المباح**) كماء مطر (**السقي وحبس الماء إلى أن يصل إلى كعبه ثم يرسله إلى من يليه**) فيفعل كذلك وهلم جراً، فإن [لم][١] يفضل عن الأول أو من بعده شيء فلا شيء للآخر؛ لقوله عليه السلام: «**اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر**» متفق عليه، وذكر عبدالرزاق [عن][٢] معمر عن الزهري قال: نظرنا[٣] إلى قول النبي ﷺ: «**ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر**[٤]»(١) فكان ذلك إلى

= وفي الإنصاف مع الشرح (١٦/ ١٤٠): «**فائدتان: الأولى**: لو ترك دآبته بفلاة، أو مهلكة ليأسه منها، أو عجزه عن علفها ملكها آخذها على الصحيح من المذهب ... وقيل: لا يملكها كالرقيق وترك المتاع عجزاً بلا نزاع، ويرجع بالنفقة على الرقيق وأجرة المتاع على الصحيح من المذهب...

الثانية: لو ألقى متاعه في البحر خوف الغرق. فقال الحارثي: نص أحمد: أنه باق على ملكهم، وقيل: يملكه آخذه، قدمه في الفائق».

(١) أخرجه البخاري: (٣/ ٧٦-٧٧) المساقاة، باب سكر الأنهار، وباب شرب الأعلى قبل الأسفل، وباب شرب الأعلى إلى الكعبين: (٣/ ١٧١)، الصلاح باب إذا أشار الإمام بالصلح فأبى حكم عليه بالحكم البين، =

---

[١] ساقط من / هـ، ف. [٢] ساقط من / ف.

[٣] في / هـ بفظ (نظر). [٤]

. . . .

الكعبين، فإن كان الماء مملوكاً قسم بين الملاك بقدر النفقة والعمل، وتصرف كل واحد في حصته بما شاء(١).

= (٥ / ١٨٠-١٨١)، تفسير سورة النساء، باب ﴿**فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ**﴾، مسلم: (٤ / ١٨٢٩-١٨٣٠)، الفضائل (ح ١٢٩) من حديث عبدالله بن الزبير.

أما ما ذكره عبدالرزاق من قول الزهري فلم أقف عليه في كتابه المصنف، ولعله في كتابه الآخر تفسير القرآن، تحت قوله تعالى: ﴿**فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ**﴾ من سورة النساء ووقفت على كلام الزهري عند البخاري في صحيحه (٣ / ٧٧)، والبيهقي: (٦ / ١٥٤)، (١٠ / ١٠٦).

(١) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٦ / ١٤١): «وجملة ذلك، أنه لا يخلو الماءُ من حالين؛ إما أن يكون جارياً، أو واقفاً. والجاري ضربان: **أحدهما**: أن يكون في نهر غير مملوك، **وهو قسمان**: **أحدهما**: أن يكون نهراً عظيماً؛ كالنيل، والفرات، الذي لا يستضرُّ أحدٌ بالسقي منهما، فهذا لا تزاحم فيه، ولكل أحد أن يسقى منها متى شاء وكيف شاء.

القسم الثاني: أن يكون نهراً صغيراً يزدحمُ الناسُ فيه، ويتشاحُّون في مائه، أو سيلاً يتشاحُّ فيه أهلُ الأرضين الشاربة منه، فيبدأُ بمن في أول النَّهرِ، فيسقى ويحبسُ الماءَ حتى يبلُغَ الكعب، ثم يرسلُ إلى الذي يليه، فيصنعُ كذلك، وعلى هذا حتى تنتهي الأراضي كلها. فإن لم يفضُلْ =

. . . .

. . . .

. . . .

= عن الأول شيءٌ، أو عن الثاني، أو عمن يليهما، فلا شيء للباقين؛ لأنهم ليس لهم إلا ما فضل، فهم كالعصبة في الميراث. وهذا قولُ فُقهاء المدينة، ومالك، والشافعي. ولا نعلمُ فيه مُخالفاً؛ لما روى عبدُالله بن الزبير، أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير في شراج الحرَّةِ التي يسقونَ بها إلى النبي ﷺ، فقال ﷺ: «**اسق يا زُبير، ثم أرسلِ الماء إلى جارك**». فغضب الأنصاريُّ، وقال: يا رسول الله: أن كان ابن عمتك. فتلوَّنَ وجهُ رسول الله ﷺ ثم قال: «**يا زُبيرُ اسق، ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر**». فقال الزبير: فوالله إني لأحسبُ هذه الآية نزلت فيه: ﴿**فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ**﴾ متفق عليه.

وذكر عبدالرزاق، عن معمر، عن الزهري، قال: نظرنا في قول النبي ﷺ: «**ثم احبس الماء حتى يبلغ الجدْرَ**». وكان ذلك إلى الكعبين. قال أبو عُبيد: الشراجُ: جمعُ شَرْجٍ. والشرجُ: نهرٌ صغير. والحَرَّةُ: أرضٌ مُلْتَبسةٌ بحجارةٍ سُودٍ. والجَدْرُ: الجدارُ. وإنما أمَرَ النبيُّ ﷺ الزُّبيْرَ أن يسقيَ ثم يُرْسِلَ، تسهيلاً على غيره، فلما قال الأنصاريُّ ما قال، استَوْفَى النبيُّ ﷺ للزُّبيرِ حَقَّه. فإن كانت أرضُ صاحب الأعلى مختلفةً، منها عاليةٌ ومنها مُستفلةٌ، سقى كلَّ واحدةٍ منها على حدَتِها. فإن استوى اثنان في القُرْبِ من أوَّل النَّهْرِ، اقْتسما الماء بينَهما إن أمْكَنَ، وإلا أُقْرِعَ بينَهما، فقُدِّمَ من تَقَعُ له القُرْعَةُ، فإن كان الماءُ لا يَفْضُلُ عن أحَدِهما؛ سَقَى من تقعُ له =

. . . .

وَلِلإِمَامِ دُونَ غَيْرِهِ حِمَى مَرْعَى لِدَوَآبِّ الـمُسْلِمِينَ

(وللإمام دون غيره حمى مرعى)[١] أي أن يمنع الناس من مرعى (لدوآب المسلمين)[٢] التي يقوم بحفظها . . . .

= القرعةُ بقدرِ حقِّه من الماء، ثم تركَه للآخَرِ، وليس له السَّقْيُ بجميع الماء؛ لُمساواةِ الآخَرِ له في استحقاقِ الماء، وإنَّما القُرعةُ للتَّقديم في استيفاء الحَقِّ لا في أصل الحقِّ، بخلافِ الأَعْلى مع الأسفَلِ، فإنه ليس للأسفل حقٌّ إلا في الفاضِلِ عن الأعلى. فإن كانت أرضُ أحَدِهما أكبر من أرض الآخر، قُسِم الماءُ بينهما على قدر الأرض؛ لأنَّ الزائد من أرضِ أحدِهما مُساوٍ في القرب، فاستحق جُزءاً من الماء، كما لو كان لثالثٍ» ا.هـ.

(١) الحمى لغة: المكان الممنوع من الرعي. (المطلع ص ١٨٦)..
وفي الشرع: أن يمنع الإمام موضعاً لا يقع فيه التضييق على الناس للحاجة العامة لماشية الصدقة، والخيل التي يحمل عليها. (التاج والإكليل: ٦/٣، ٤).
وروى الصعب بن جثامة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**لا حمًى إلا لله ولرسوله**» رواه البخاري.

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، لما تقدم من حديث الصعب بن جثامة، ولأن عمر رضي الله عنه حمى كما في صحيح البخاري، وكذا عثمان كما في البيهقي (٦/١٤٧)، واشتهر ولم ينكر.
وفي قول للشافعي: ليس لغير النبي ﷺ أن يحمي؛ لما تقدم من حديث الصعب بن جثامة رضي الله عنه.
(الأموال لأبي عبيد: ص ٢٩٨، وحاشية قليوبي وعميرة: ٣/٩٢، وفتح الباري: ٥/٤٥، والمغني: ٨/١٦٦).

. . . .

مَا لَمْ يَضُرَّهُمْ.

كخيل الجهاد والصدقة(١) **(ما لم يضرهم)** بالتضييق عليهم(٢)، لما روى عمر أن النبي ﷺ: «**حمى النقيع**[١](٣) **لخيل المسلمين**»(٤) رواه أبو عبيد،

---

(١) ونَعَمِ الجزية، وضوال الناس.

(٢) فإن ضيق حرم؛ لعدم المصلحة فيه.

(٣) موضع قرب المدينة، بينه وبين المدينة عشرون فرسخاً، وهو غير نقيع الخضمات. (معجم البلدان: ٥/٣٠١).

(٤) أخرجه أبو عبيد في الأموال: ٣٠٩، وابن زنجويه في الأموال: (٢/٦٦٦ - ح ١١٠٥)، وأحمد في المسند: ٢/١٥٥، ١٥٧، والبيهقي: (٦/١٤٦)، إحياء الموات، باب ما جاء في الحمى، من طريق عبدالله ابن عمر العمري عن نافع عن ابن عمر، وأخرجه ابن حبان كما في الإحسان: (٧/٩٤ - ح ٤٦٦٤) من طريق عاصم بن عمر عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر.

الطريقان فيهما راويان ضعيفان هما عبدالله بن عمر العمري، وعاصم بن عمر بن حفص، ورواية أحدهما تعضد الأخرى، لذا أدخل ابن حبان الحديث في صحيحه، وله شاهد من حديث أبي بكر الصديق عند ابن سعد في الطبقات الكبرى: (٥/١١)، كما أن له شاهداً آخر من حديث الصعب بن جثامة عند أبي داود: (٣/٤٦٢ - ح ٣٠٨٤)، والبيهقي: (٦/١٤٦).

---

[١] في / م، ف، هـ بلفظ (البقيع).

. . . .

وما حماه النبي ﷺ ليس لأحد نقضه[١](١)، وما حماه غيره من الأئمة يجوز نقضه(٢)، ولا يجوز لأحد أن يأخذ من أرباب الدوآب عوضاً عن مرعى موات أو حمىً؛ لأنه عليه السلام شرك الناس فيه، ومن جلس في نحو جامع لفتوى أو إقراء فهو أحق بمكانه ما دام فيه، أو غاب لعذر وعاد قريباً(٣) . . . .

---

(١) في المغني (٨/١٦٦): «وما حماه النبي ﷺ فليس لأحد نقضه ولا تغييره مع بقاء الحاجة إليه؛ لأن ما حكم به النبي ﷺ نص لا يجوز نقضه بالاجتهاد، ومن أحيا منه شيئاً لم يملكه، وإن زالت الحاجة إليه ففيه وجهان: أصحهما: أنه لا يجوز نقضه لما ذكرنا».

(٢) وهذا هو المذهب؛ فيملكه بالإحياء؛ لأن حمى الأئمة اجتهاد، وملك الأرض بالإحياء نص، والنص يقدم على الاجتهاد.
والوجه الثاني: لا يملكه بالإحياء؛ لأن اجتهاد الإمام لا يجوز نقضه كما لا يجوز نقض حكمه، والأول: أولى؛ لأن الاجتهاد في حماه في تلك المدة دون غيره، ولهذا ملك الحامي نقضه، ومذهب الشافعي على نحو ما ذكره. (المغني: ٨/١٦٦).

(٣) فهو أحق بمكانه، وتقدم في باب صلاة الجمعة أن من سبق إلى مكان فهو أحق به، سواء كان مسجداً أو غيره في جمعة أو غيرها، لصلاة أو غيرها من الطاعات، وأنه يحرم تأخيره، وإقامته منه، والقعود فيه.

---

[١] في / م، ف بلفظ (نقصه).

. . . .

ومن سبق إلى رباط(١) أو نزل فقيه بمدرسة أو صوفي بخانقاه[١](٢)، لم يبطل حقه بخروجه منه لحاجة(٣).

* * *

(١) في المطلع ص ٣٨٢: «الرِّبَاط: واحد الرباطات المبنية المعروفة».
وفي المصباح ١/٢١٥: «الرباط: الذي يبنى للفقراء.... ويجمع في القياس رُبُطٌ، ورباطات».

(٢) خانقاه: رباط الصوفية.

(٣) ولو بعدت حاجته ولم يعد قريباً. (حاشية ابن قاسم ٥/٤٩٣).

* * *

[١] في / هـ، ف بلفظ (خانقات).

بَـابُ الجُعَالَةِ

وَهِيَ أَنْ يَجْعَلَ شَيْئاً

باب الجعالة[١]

الجُعالةُ: بتثليث الجيم قاله ابن مالك[٢]، قال ابن فارس: الجُعْلُ والجَعَالةُ والجَعِيْلة: ما يعطاه الإنسان على أمر يفعله[٣][٤]، **(وهـي)** اصطلاحاً: **(أَنْ يَجْعَلَ)** جائز التصرف[٥] **(شيئاً)** متمولاً.

---

(١) أي باب بيان أحكام الجعالة، وما تفارق به الإجارة وغيرها.

(٢) المطلع: (ص ٢٨١).

(٣) فعل جعل يأتي في اللغة لمعان منها: وضع، وصنع، وصار، وأقبل، وأخذ، ونسب، وعمل، وهيأ، وإدخال الشيء في الشيء، وخلق، وغير ذلك. (لسان العرب: ١١ / ١١٠، وتاج العروس: ٧ / ٢٥٧).

(٤) المطلع: (ص ٢٨١).

(٥) وهو البالغ، العاقل، الحر، الرشيد، وأن يكون الجاعل مختاراً، وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية.

وعند المالكية: هذه شروط لزوم العقد لملتزم الجعل، وأما أصل العقد، فيتوقف على كونه مميزاً.

(شرح الخرشي: ٧ / ٧٠، ومواهب الجليل: ٥ / ٤٥٢، وتحفة المحتاج: ٢ / ٣٦٦).

وقد ذكر المالكية: أن ما كان شرطاً في الجاعل فهو شرط في العامل.

وأما الشافعية: فإن كان العامل معيناً فتشترط أهليته للعمل بأن يكون =

. . . .

مَعْلُوماً لِمَنْ يَعْمَلُ لَهُ عَمَلاً مَعْلُوماً،

(معلومًا[١] لمن يَعْمَلُ [له][١] عملاً معلومًا) كردِّ عبد من محل

= قادراً عليه، فلا يصح من صغير ولا عاجز؛ لأن منفعته معدومة، وإن كان العامل غير معين فلا تشترط قدرته على العمل، بل يكفي علمه بإعلان الجعل، وله أن يوكل.

ولا يشترط في العامل بنوعيه بلوغ، ولا عقل، ولا حرية، ولا رشد، ولا إذن وليٍّ ولا سيِّدٍ. (المصدر السابق).

(١) فيشترط العلم بالجعل، وهذا باتفاق القائلين بجواز الجعالة، وهم المالكية، والشافعية، والحنابلة؛ لأن جهالة العوض تفوِّت المقصود من عقد الجعالة، إذ لا يكاد أحد يرغب في العمل مع جهالة الجعل، ولا حاجة إلى جهالة الجعل بخلاف العمل والعامل، حيث تغتفر جهالتهما للحاجة إلى ذلك.

واستثنىٰ الشافعية من اشتراط العلم بالجعل:

أ – إذا جعل الإمام أو قائد الجيش لمن يدل على فتح قلعة للكفار المحاربين جعلاً كفرس ونحوه.

ب– إذا قال شخص لآخر حج عني بنفقتك، فيجوز مع جهالة العوض

واستثنى الحنابلة: من جهالة العوض إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم نحو أن يقول: من رد ضالتي فله ثلثها، أو يقول القائد: من جاء بعشرة رؤوس فله رأس، أو ثلث مال فلان الحربي لمن دل على قلعة ونحوها، ويكون العلم بالجعل بمشاهدته، أو وصفه كالأجرة.

وعند المالكية: لو كان الجعل عيناً معينة – ذهباً أو فضة مضروبة – فلا =

---

[١] ساقط من / س.

أَوْ مَجْهُولاً مُدَّةً مَعْلُومَةً أَوْ مَجْهُولَةً،

كذا[١]، أو بناء حائط كذا[٢]، **(أو)** عملاً **(مجهولاً**[٣] **مدة معلومة)** كشهر كذا، **(أو)** مدة **(مجهولة)**[٤]، فلا يشترط العلم بالعمل ولا

= يصح أن تكون جعلاً مع صحة العقد، ويغرم مثلها إذا أتم العامل العمل، وإن كان مثليًّا أو موزوناً لا يخشى تغيره خلال فترة العمل صح، وإن خشي تغيره خلال فترة العمل، أو كان حيواناً فلا يصح، والعقد فاسد. (المصادر السابقة).

(١) ولا فرق بين أن يجعله لمعين كأن يقول: إن رددت عبدي فلك كذا، فلا يستحقه سواه، أو غير معين، كأن يقول: من رد عبدي فله كذا، فيستحقه من رده.

(٢) أي صفته وقدره كذا.

(٣) كخياطة ثوب لم يصفها، أو رد لقطة لم يعين موضعها.

(٤) كمن حرس زرعي فله كل يوم كذا، أو بنى لي هذا الحائط فله كذا.

ومن تعاريف المالكية للجعالة: أن يجعل الرجل للرجل أجراً معلوماً، ولا ينقده إياه على أن يعمل له في زمن معلوم أو مجهول مما فيه منفعة للجاعل، على أنه إن أكمل العمل كان له الجعل، وإن لم يتمه فلا شيء له.

ومن تعاريف الشافعية: التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول يعسر ضبطه.

وأما الحنفية فيأتي أنهم لا يرون جواز الجعالة.

(شرح الخرشي: ٧/٦٩، وحاشية البجيرمي على شرح الخطيب: ٣/١٧٠).

. . . .

. . . .

المدة[١]، ويجوز الجمع بينهما هنا[٢] بخلاف الإجارة[٣]، ولا تعيين

(١) بل يشترط العلم بالجعل في غير مال الحربي كما تقدم.

(٢) أي بين تقدير المدة والعمل؛ لجوازها مع جهالة المدة والعمل؛ للحاجة كأن يقول: من خاط هذا الثوب في يوم فله كذا، فإن أتى به فيه استحق الجعل، وإن لم يف به فيها فلا شيء له.

وهذا هو المذهب؛ لأن المدة إذا جازت في هذا العقد مجهولة فمع تقديرها أولى.

وعند المالكية والشافعية: يشترط لصحة عقد الجعالة عدم تأقيت العمل بوقت محدد؛ لكن عند المالكية: إن اشترط العامل ترك العمل متىٰ شاء جاز تأقيت الجعالة؛ لأن تقدير المدة يخل بمقصود العقد، فقد لا يتمكن العامل من العمل خلال المدة المقدرة فيضيع سعيه.

(أسنى المطالب: ٢/ ٤٤١، وحاشية الدسوقي: ٤/ ٦٦، وشرح المنتهى: معونة أولي النهى ٥/ ٥٩٧).

(٣) فالجعالة تخالف الإجارة في أشياء منها:

١- أن الجعالة عقد جائز، والإجارة عقد لازم؛ ويأتي قريباً.

٢- أن الجعالة تصح مع جهالة العمل بخلاف الإجارة، ويأتي قريباً.

٣- أن الجعالة تصح مع العامل المبهم في الجعالة، وفي الإجارة يجب اشتراط القبول، ليتصف العقد باللزوم.

٥- في الجعالة يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل، أما الإجارة فموضع خلاف وتقدم في باب الإجارة، والمذهب عدم جوازه. =

. . . .

. . . .

العامل للحاجة[١] ويقوم العمل مقام القبول؛ لأنه يدل عليه كالوكالة[٢]، ودليلها قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾[٣]،

= ٦- في الجعالة لا يستحق العامل الجعل إلا بإتمام العمل بخلاف الإجارة.
(أحكام القرآن لابن العربي: ٣/ ١٠٨٤، وأحكام القرآن للقرطبي: ٩/ ٢٣٢، ومقدمات ابن رشد: ٢/ ٦٣١، ونهاية المحتاج: ٥/ ٤٦٣، والمغني: ٨/ ٣٢٥).

(١) باتفاق القائلين بجواز الجعالة، فيصح أن يقول: من فعل كذا، فله كذا. (المصادر السابقة).

(٢) باتفاق القائلين بجواز الجعالة، فالعمل يدل على القبول في الجعالة كما يدل العمل في الوكالة على قبول الوكالة.

(٣) سورة يوسف: الآية ٧٢.
قال ابن كثير في تفسيره (٢/ ٤٨٥): «ولمن جاء به حمل بعير، وهذا من باب الجعالة، وأنا به زعيم، وهذا من الضمان والكفالة».
وانظر: روح المعاني: ١٣/ ٢٥، وأحكام القرآن للجصاص: ٣/ ١٧٥، وأحكام القرآن لابن العربي: ٣/ ١٠٨٤، وفتح القدير: ٤/ ٤٢).
ولأن الحاجة تدعو إلى إباحة الجعالة؛ لأن الإنسان قد يبتغي تحقق عمل ولا يجد من يتفق معه، فإذا ما أطلق خطابه وجعله شاملاً لغير المعين، فقد يجد من يعينه على تحقيق مبتغاه. (ينظر: مغني المحتاج: ٢/ ٤٢٩).
وقد اختلف العلماء في حكم الجعالة. =

. . . .

. . . .

وحديث اللديغ(١).

= فالمذهب، ومذهب المالكية، والشافعية: جواز الجعالة، لما تقدم من أدلة.
وعند الحنفية: عدم جواز الجعالة في غير جعل العبد الآبق صيانة للمال عن الضياع.
وعللوا: أن في الجعالة تعليق التملك على الخطر - أي التردد بين الوجود والعدم - وأيضاً: الجعالة لم توجه إلى معين، والعقد مع المجهول لا ينعقد، فانتفى العقد.
(المبسوط: ١١/١٧، وبدائع الصنائع: ٦/٢٠٣، ومقدمات ابن رشد: ٢/٣٠٨، ومنح الجليل: ٤/٣، والمهذب: ١/٤١١، والبجيرمي على الخطيب: ٣/١٧١، والمغني: ٨/٣٢٥).

(١) المروي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: «أن ناساً من أصحاب النبي ﷺ أتوا على حيٍّ من أحياء العرب، فلم يقروهم، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيِّد أولئك، فقالوا: هل معكم من دواء أو راق، فقالوا: إنكم لم تقرونا، ولا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلاً، فجعلوا لهم قطيعاً من الشاء، فجعل يقرأ بأمِّ القرآن، ويجمع بزاقه ويتفل، فبرأ، فأتوا بالشاء، فقالوا: لا نأخذه حتىٰ نسأل النبي ﷺ فسألوه، فضحك وقال: **وما أدراك أنها رقية، خذوها واضربوا لي بسهم**».
أخرجه البخاري: (٣/٥٣)، الإجارة، باب يعطى في الرقية، (٦/١٠٣) فضائل القرآن، باب فاتحة الكتاب (٧/٢٣، ٢٥)، الطب، باب الرقى بفاتحة الكتاب، وباب النفث في الرقية، مسلم: (٤/١٧٢٧-١٧٢٨) السلام، (ح ٢٥).

. . . .

كَرَدِّ عَبْدٍ وَلُقَطَةٍ وَخِيَاطَةٍ وبناءِ حائطٍ، فَمَنْ فَعَلَهُ بَعْدَ

والعمل الذي يؤخذ الجعل عليه (**كرد عبد ولقطة**)[١]، فإن كانت في يده فجعل له مالكها جعلاً ليردها لم يبح له أخذه[٢]، (و) كـ (**خياطة وبناء حائط**) وسائر ما يستأجر عليه من الأعمال[٣]، (**فمن فعله بعد**

---

(١) ودلالة على مسروق ونحو ذلك للآية.

(٢) لحصولها في يده وعمله من دون عقد، وعليه حفظ مال أخيه من دون جعل، وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية والشافعية. (المصادر السابقة).

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية، مما فيه تعب ومشقة.
وعند المالكية: تجوز الجعالة في كل ما لا يكون للجاعل فيه منفعة إلا بتمامه سواء كان يسيراً أو غير يسير، كالإتيان بالبعير الشارد، والعبد الآبق؛ واقتضاء الديون، وشراء السلع، وحفر البئر في الأرض العامة، ونحو ذلك.
وإن كان يبقى للجاعل فيه منفعة إن لم يتم العمل فلا تصح الجعالة فيه كالتعاقد على خياطة، أو خدمة، أو بيع سلع كثيرة ونحو ذلك.
(تحفة المحتاج: ٢/٣٦٧، وأسنىٰ المطالب: ٢/٤٤١، ومقدمات ابن رشد: ٢/٣٠٨، وحاشية العدوي على شرح أبي الحسن: ٢/١٦٢، والمغني: ٨/٣٢٣).
وعند المالكية والشافعية: يشترط أن يكون للجاعل في العمل المجاعل عليه منفعة تعود عليه، فلو قال: من أخبرني فله دينار صح، ولو جاعل شخصاً على أن يصعد جبلاً من غير منفعة بإتيان حاجة لم يصح.
وعند الحنابلة: يشترط أن يكون العمل في الجعالة للجاعل، فلو قال: من ركب دآبتي فله كذا لم يصح؛ لئلا يجتمع للعامل: النفع والعوض. (المصادر السابقة).

عِلْمِه بِقَوْلِه اسْتَحَقَّهُ وَجَمَاعةٍ يَقْتَسِمُونَهُ، وَفِي أَثْنَائِه يَأْخُذُ قِسْطَ تَمَامِه،

علمه بقوله) أي بقول صاحب العمل: من فعل كذا فله كذا، **(استحقَّه)**؛ لأن العقد استقر بتمام العمل[1]. **(وجماعة)** إذا عملوه **(يقتسمونه)** بالسوية؛ لأنهم اشتركوا في العمل الذي يستحق به العوض، فاشتركوا فيه[2].

(و) إن بلغه الجعل **(في أثنائه)** أي أثناء العمل **(يأخذ قسط تمامه)**[3]؛ لأن ما فعله قبل بلوغ الخبر غير مأذون فيه[4] فلم يستحق به

(١) فالمذهب، ومذهب الشافعية: يشترط لاستحقاق العامل الجعل أن يسمع إذن الجاعل في ذلك أو يعلم به، فإن عمل بدون علم فلا شيء؛ لأنه متطوع من غير عوض.
لكن استثنىٰ الحنابلة مسألتين: تخليص متاع الغير من هلكة، ورد الآبق، فلا يشترط فيهما الإذن، ويأتي.
وعند المالكية: إن كان العامل معروفاً بطلب الضوال وغيرها من الأموال الضائعة بعوض، فإنه يستحق جعل المثل، وإن لم يكن إذن.
واختلف المالكية فيما إذا أراد صاحب الضالة أن يتركها في يد العامل بدلاً عن الجعل علىٰ قولين.
(شرح الخرشي: ٧/ ٧٤، وحاشية الدسوقي: ٤/ ٦٦، والمهذب: ١/ ٤١١، وأسنىٰ المطالب: ٢/ ٤٣٩، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٦/ ١٦٣).

(٢) كالإجارة، وهو المذهب، ومذهب الشافعية. (المصادر السابقة).

(٣) وهو المذهب، ومذهب الشافعية. (المصادر السابقة).

(٤) فكان متبرعاً.

وَلِكُلٍّ فَسْخُهَا ؛ فَمِنَ العَامِلِ لا يَسْتَحِقُّ شَيْئاً ،

عوضاً، وإن لم يبلغه إلا بعد العمل لم يستحق شيئاً لذلك[١].

(و) الجعالة عقد جائز[٢] **(لكل)** منهما **(فسخها)** كالمضاربة.

(فـ) متى كان الفسخ **(من العامل)** قبل تمام العمل فإنه **(لا يستحق شيئاً)**؛ لأنه أسقط حق نفسه حيث لم يأت بما شرط عليه[٣].

---

(١) وفي المنتهى وشرحه (٢/٤٦٩): «وحرم عليه أخذه إلا إن تبرع له به ربه بعد إعلامه بالحال».

(٢) وهذا هو المذهب، والشافعية؛ لأنها من جهة الجاعل تعليق استحقاق العامل للجعل بشرط، وأما من جهة العامل؛ فلأن العمل مجهول، وما كان كذلك لا يلزم بالعقد.

وعند المالكية: عقد جائز، لكن بعد الشروع في العمل تكون عقداً لازماً بالنسبة للجاعل، لكي لا يبطل على العامل عمله.

وعند بعض المالكية: أنها عقد لازم ولو قبل الشروع كالإجارة.

وفي قول آخر لهم: أنها عقد لازم للجاعل فقط بمجرد إيجابه أو إعلانه دون العامل.

(نهاية المحتاج: ٤/٣٤٨، ومقدمات ابن رشد: ٢/٣٠٧، وشرح الخرشي: ٧/٧٠، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٦/١٧١).

(٣) كعامل المساقاة، وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية، والشافعية؛ لما علل به المؤلف.

وعند الشافعية: إذا زاد الجاعل في العمل، ولم يرض العامل بالزيادة ففسخ لذلك فله أجرة المثل. =

وَمِنَ الجَاعِلِ بَعْدَ الشُّرُوْعِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ عَمَلِهِ، وَمَعَ الاخْتِلافِ فِيْ أَصْلِهِ أَوْ قَدرِهِ يُقْبَلُ قَوْلُ الجَاعِلِ،

(و) إن كان الفسخ (**من الجاعل بعد الشروع**) في العمل فـ (**للعامل أجرة مثل عمله**)(١) لأنه عمله[١] بعوض لم يسلم [له][٢]، وقبل الشروع في العمل لا شيء للعامل(٢)، وإن زاد أو نقص قبل الشروع في الجعل جاز، لأنها عقد جائز، ومع الاختلاف في أصله أي: أصل الجعل(٣) أو

= (مقدمات ابن رشد: ٢/٣٠٧، وبلغة السالك: ٢/٢٥٧، وتحفة المحتاج: ٢/٣٦٩، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٦/١٧١).

(١) وهذا هو المذهب، وهو المصحح عند الشافعية؛ لما علل به المؤلف.
وعند المالكية: ليس للجاعل أن يفسخ العقد بعد الشروع في العمل، فالعقد لازم بالنسبة له حينئذ، فيستحق العامل الجعل المسمى بشريطة أن يتم العمل، وتقدم قريباً. (المصادر السابقة).
وعند شيخ الإسلام: للعامل نسبة المثل.

(٢) لأنه عمل غير مأذون فيه، فلم يستحق شيئاً.

(٣) المذهب ومذهب الشافعية: إن اختلفا في اشتراط الجعل وتسميته في العقد، فقال العامل: شرطت لي جعلاً، وأنكر الجاعل؛ فالقول قول الجاعل لما علل به المؤلف.
وقال بعض الأصحاب: يتحالفان في قدر الجعل قياساً على اختلاف الأجير والمستأجر في قدر الأجرة، وهو احتمال للقاضي، فعليه يفسخ العقد وتجب أجرة المثل. (المصادر السابقة).
ولعل الأقرب: الرجوع إلى القرائن، وإلا فقول الجاعل.

---

[١] في / ط بلفظ (عمل). [٢] ساقط من / م، ف.

وَمَنْ رَدَّ لُقَطَةً أَوْ ضَالَّةً أَوْ عَمِلَ لِغَيْرِهِ عَمَلاً بِغَيْرِ جُعْلٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ عِوَضاً ،

قدره[١] يقبل قول الجاعل؛ لأنه منكر، والأصل براءة ذمته.

(**ومن رد لقطة أو ضالة أو عمل لغيره عملاً بغير جعل**) ولا إذن (**لم يستحق عوضاً**)؛[٢] لأنه بذل منفعة من غير عوض فلم يستحقه، ولئلا

---

(١) وهذا هو المذهب، لما علل به المؤلف.

وعند المالكية: إن ادعى أحدهما ما شأنه أن يكون جعلاً مناسباً فالقول قوله بيمينه، وإن ادعى كل منهما ما شأنه أن يكون جعلاً مناسباً للعمل فالراجح: أن القول لمن كان المال المردود في حوزته، فإن لم يكن المال في يد أحدهما بأن كان في يد أمين، فالراجح: أنهما يتحالفان ويجب للعامل جعل مثله.

وإن لم يدع أحدهما ما شأنه أن يكون جعلاً مناسباً لذلك العمل فإنهما يتحالفان، ويجب للعامل جعل مثله، وكذلك يجب له جعل مثله إن امتنع كل منهما عن اليمين، وأما إن امتنع أحدهما فقط فيقضي القاضي لمن حلف بما يدعيه.

وعند الشافعية: أنهما يتحالفان، فيحلف كل منهما على نفي قول صاحبه، وإثبات قوله، ويحلف الجاعل أولاً على الراجح، ويفسخ العقد بالتحالف، ويجب للعامل أجرة المثل. وإنما يتحالفان؛ لأن كلاً منهما مدع ومدعى عليه. (المصادر السابقة).

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لما علل به المؤلف.

وخالف المالكية في ذلك: فقالوا: إن كان العامل معروفاً برد الضوال وغيرها من الأموال الضائعة بعوض فإنه يستحق جعل مثله، وتقدم قريباً .=

. . . .

إلا

يلزم الإنسان ما لم[١] يلتزمه، **(إلا)** في تخليص متاع غيره من هلكة(١).

= (المصادر السابقة).

في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٦ / ١٧٤) : « **فائدتان : إحداهما** : لو تلف ما خلصه من هلكة لم يضمنه منقذه على الصحيح من المذهب، وقيل : يضمنه ...

الثانية : متى كان العمل في مال الغير إنقاذاً له من التلف المشرف عليه كان جائزاً، كذبح الحيوان المأكول إذا خيف موته، صرح به في المغني .... واقتصر عليه في آخر القاعدة الرابعة والسبعين، وقال : ويفيد هذا أنه لا يضمن ما نقص بذبحه.

تنبيه : مراد المصنف وغيره بقولهم : ومن عمل لغيره عملاً بغير جعل فلا شيء له غير المعد لأخذ الأجرة كالملاح، والمكاري، والحجام ... ونحوهم ممن يرصد نفسه للتكسب بالعمل، فإذا عمل استحق أجرة المثل نص عليه ».

(١) كإخراجه من البحر، أو الحرق، أو وجده في مهلكة يذهب بتركه.

وقال شيخ الإسلام (في الاختيارات ص ٢٤٥) : « من استنقذ مال غيره من الهلكة ورده استحق أجرة المثل، ولو بغير شرط في أصح القولين، وهو منصوص أحمد وغيره » ونحوه عن ابن القيم.

---

[١] في / س بلفظ (ما لا يلتزمه)، وفي / م ، ف بلفظ (ما لم يلزمه).

دِينَاراً أَوْ اثْنَي عَشَرَ دِرْهَماً عَنْ رَدِّ الآبِقِ،

فله أجرة المثل ترغيباً، وإلا (**ديناراً أو اثني عشر درهماً**[(١)(٢)] **عن ردّ الآبـق**) من المصر أو خارجه، روي عن عمر وعلي وابن مسعود؛ لقول ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار أن النبي ﷺ «**جعل في رد الآبق إذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً**»[(٣)].

---

(١) وهذا هو المذهب: أن من خلص متاع غيره من هلكة فله أجرة مثله، أو رد آبقاً فله اثنا عشر درهماً، أو ديناراً؛ لما استدل به المؤلف.
وعند الشافعية ورواية عن أحمد: أنه لا يستحق شيئاً ما لم يؤذن له؛ لعدم الالتزام بشيء. (المصادر السابقة).
وتقدم مذهب المالكية قريباً.

(٢) وهذا هو المذهب.
وعن الإمام أحمد: إن رده من خارج المصر فله أربعون درهماً، ومن المصر عشرة.
(المغني: ٨/٣٢٩، والإنصاف مع الشرح الكبير: ١٦/١٧٧).

(٣) الأثر المروي عن عمر رضي الله عنه أخرجه ابن أبي شيبة: (٦/٥٤١)، البيوع، باب جعل الآبق (ح ١٩٨٢)، وابن حزم في المحلى: (٨/٢٠٨) من طريق الحجاج عن عمرو بن سعيد عن سعيد بن المسيب «أن عمر جعل في جعل الآبق ديناراً أو اثني عشر درهماً» وفي الإسناد الحجاج بن أرطاة وهو كثير الخطأ والتدليس، ولم يصرح بالسماع من عمرو بن سعيد. =

. . . .

. . . .

= وأما أثر عليٍّ بن أبي طالب رضي الله عنه فأخرجه ابن أبي شيبة: (٦ / ٥٤١)، البيوع، باب جعل الآبق (ح ١٩٨٣)، وابن حزم في المحلى: (٨ / ٢٠٨)، والبيهقي: (٦ / ٢٠٠)، اللقطة، باب الجعالة، من طريق الحجاج عن حصين عن الشعبي عن الحارث عن علي، وفي الإسناد الحجاج بن أرطاة وهو ساقط، والحارث الأعور وفي حديثه ضعف.

والأثر المروي عن عبدالله بن مسعود أخرجه عبدالرزاق: (٨ / ٢٠٨ – ح ٤١٩١١)، وابن أبي شيبة: (٦ / ٥٤١ – ح ١٩٨١)، وابن حزم في المحلي: (٨ / ٢٠٨)، والبيهقي: (٦ / ٢٠٠)، من طريق سفيان الثوري عن عبدالله بن رباح عن أبي عمرو والشيباني «أن رجلاً أصاب عبداً آبقاً، فجاء به، فجعل ابن مسعود فيه أربعون درهماً». قال البيهقي: وهذا أمثل ما روى في هذا الباب.

أما ما رواه ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار مرسلاً فأخرجه ابن أبي شيبة: (٦ / ٥٤٠ – ح ١٩٨٠)، (٦ / ٥٤٣ – ٥٤٤ – ح ١٩٩١)، وابن حزم في المحلى: (٨ / ٢٠٧).

وأخرجه البيهقي: (٦ / ٢٠٠) موصولاً من حديث عبدالله بن عمر، وفي الإسناد خصيف بن عبدالرحمن الجزري، وهو سيء الحفظ، لم يتابعه عليه أحد، وأشار البيهقي إلى ضعف رواية الوصل، وأن المحفوظ رواية الإرسال.

. . . .

وَيَرْجِعُ بِنَفَقَتِه أَيْضاً.

(**ويرجع**)[١] رادّ الآبق (**بنفقته أيضاً**)(١) لأنه مأذون في الإنفاق شرعاً

---

(١) من سيده، وكذا ما أنفق على دآبة يجوز التقاطها من قوت وعلف، ولو لم يستأذن المالك مع القدرة عليه، لكن إن نوىٰ العامل التبرع بالنفقة، فلا يرجع على المالك.

وعند المالكية: تجب النفقة على العامل ولو استغرقت الجعل كلَّهُ، هذا إذا كان العامل معتاداً طلب الضوالِّ وردها لأصحابها بعوض، ولكن يمكنه إذا كان في بلد بعيد ونفقته تستغرق الجعل أن يرفع الأمر إلى قاضي البلد ليبيع المال ويحكم له بجعله، أما إن جاء به فليس له غير الجعل الذي جعل له، أو جعل مثله، وأما إن كان العامل ليس من عادته طلب الضوال والآباق، ولم يحدث التزام بالجعل من المالك، أو كان لم يعلم به هذا العامل فإنه تجب له النفقة فقط ويرجع بها على المالك.

وعند الشافعية: تجب النفقة على المالك، لكن إن أنفق العامل بدون إذن المالك، أو القاضي، أو أن يشهد شهوداً فإنه يكون متبرعاً ولو قصد الرجوع.

(منح الجليل: ٤ / ١١، والخرشي: ٧ / ٧٥، وأسنى المطالب: ٢ / ٤٤٢، والمغني: ٨ / ٣٣٠).

قال ابن القيم في إعلام الموقعين (٢ / ٢٠٦): «ومتى كان العمل في مال الغير إنقاذاً له من التلف كان جائزاً، كذبح الحيوان المأكول إذا خيف موته، ولا يضمن ما نقص بذبحه، ولهذا جاز ضمُّ اللقطة وردُّ الآبق وحفظ الضالة حتى إنه يحسب ما ينفقه على الضالة والآبق .. فلو علم المتصرف لحفظ مال أخيه أن نفقته تضيع وإحسانه يذهب باطلاً في حكم الشرع لما أقدم على ذلك ...» ا.هـ.

---

[١] في / س بلفظ (أو رجع).

. . . .

لحرمة النفس ومحله إن لم ينو التبرع ولو هرب منه في الطريق[١]، وإن مات السيد رجع في تركته[٢] وعلم منه جواز أخذ الآبق لمن وجده[٣]

---

(١) فإنه يستحقُّ الرجوع بالنفقة بنية الرجوع، لا في الجعل قبل تسليمه؛ لأنه لم يتمَّ العمل، وباتفاق القائلين بالجعالة يشترط لاستحقاق العامل الجعل أن يتمَّ العامل العمل، فلو مات العبد الآبق، وتلف المال المردود، أو غصب من يد العامل لم يستحق شيئاً.
وعند المالكية: إن أفلت الحيوان من يد العامل وهرب، ثم جاء به آخر من غير عقد من عادته ردُّ الضوال والآباق بعوض، فالجعل للثاني إن جاء به من مكان بعيد، أو من مكانه الذي جاء به الأول، فإن جاء به من مكان قريب من الجاعل، أو قبل أن يصل إلى مكان الأول فالجعل بينهما بالنسبة. (المصادر السابقة).

(٢) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٦ / ١٨١): «وبهذا قال أبو حنيفة. وقال أبو يوسف: إن كان الذي ردَّهُ من ورثه المَولَى سقط الجعل. ولنا: أن هذا عوض عنّ عمله، فلا يسقط بالموت كالأجر في الإجارة، وكما لو كان من غير ورثة المولى» ا.هـ.

(٣) في المغني (٨ / ٣٣١): «ويجوز أخذ الآبق لمن وجده، وبه قال مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي، ولا نعلم فيه مخالفاً؛ لأن العبد الآبق لا يؤمن من لحاقه بدار الحرب وارتداده، واشتغاله بالفساد في البلاد ...».

. . . .

. . . .

وهو أمانة بيده(١)، ومن ادَّعاه فصدقه العبد أخذه(٢)، فإن لم يجد سيده دفعه إلى الإمام أو نائبه ليحفظه لصاحبه، وله بيعه لمصلحة(٣)، ولا يملكه ملتقطه بالتعريف كضوال الإبل(٤)، وإن باعه ففاسد(٥).

---

(١) باتفاق القائلين بالجعالة على أن يد العامل على ما وقع في يده من مال الجاعل أمانة ولا ضمان عليه، إلا أن قصر فيحفظه.
(بلغة السالك: ٢/٢٥٧، ونهاية المحتاج: ٤/٣٤٨، والمغني: ٨/٣٣١).

(٢) بشرط أن يكون العبد مكلفاً؛ لأنه إذا استحق أخذه بوصفه إياه، فبتصديقه على أنه مالكه أولى، هذا إن لم يكن له بينة، فإن أقام بينة أنه له دفعه إليه.

(٣) في المغني (٨/٣٣١): «فإن لم يجد سيده دفعه إلى الإمام أو نائبه، فيحفظه لصاحبه، أو يبيعه إن رأى المصلحة فيه، ونحوه قول مالك وأصحاب الرأي، ولا نعلم لهم مخالفاً» ا.هـ.
وإذا باعه حفظ ثمنه لصاحبه.

(٤) لأن العبد يتحفظ بنفسه، فهو كضوال الإبل. (المصدر السابق).

(٥) أي إن باعه ملتقطه لغير مصلحة فبيعه فاسد في قول عامة أهل العلم. (المصدر السابق).

* * *

. . . .

بَابُ اللُّقَطَةِ

باب اللقطة(١)

اللقطة: بضم اللام [١]وفتح القاف، ويقال: لُقاطة بضم اللام، ولَقَطة بفتح اللام والقاف[١](٢).

---

(١) أي باب بيان أحكام الملتقط.

(٢) في المطلع (ص: ٢٨٢): «اللقطة: اسم لما يلقط، وفيها أربع لغات؛ نظمها شيخنا أبو عبدالله بن مالك فقال:

لُقَاطَةٌ، ولُقْطَةٌ، ولُقَطَه ... ولَقَطٌ ما لا قِطٌ قد لَقَطَه

فالثلاث الأول بضم اللام، والرابعة: بفتح اللام والقاف ...».

وفي المصباح (٢/٥٥٧): «لقطت الشيء لقطاً من باب قتل أخذته من حيث لا يحس فهو ملقوط ... والتقطت الشيء: جمعته، ولقطت العلم من الكتب لقطاً أخذته من هذا الكتاب ومن هذا الكتاب، وقد غلب اللقيط على المولود المنبوذ، واللقاطة بالضم ما التقطت من مال ضائع ... واللقطة: وزان رطبة، قال الأزهري: اللقطة بفتح القاف: اسم الشيء الذي يجده ملقى فتأخذه، قال وهذا قول جميع أهل اللغة وحذاق النحويين، وقال الليث: هي بالسكون ولم أسمعه لغيره ... ومنهم من يعد السكون من لحن العوام» ا.هـ. (وانظر لسان العرب: ٧/٣٩٢).

وفي تهذيب الصحاح (٢/٤٦٤): «وتطلق اللقطة بفتح القاف على الرجل اللقاطة للأشياء».

ومن تعاريف الحنيفة: «مال معصوم معرض للضياع». =

---

[١] ساقط من / هـ.

وَهِيَ مَالٌ أَوْ مُخْتَصٌّ ضَلَّ عَنْ رَبِّهِ،

(**وهي: مال**[١] **أو مختص**[٢] **ضل عن ربه**)، قال بعضهم[٣]: وهي مختصة بغير الحيوان ويسمى ضالة[٤].

= ومن تعاريف المالكية: «مال معصوم أخذ من مكان خيف عليه الضياع».

ومن تعاريف الشافعية: «ما وجد من حق محترم غير محرز، لا يعرف الواجد مستحقه».

(ينظر: حاشية رد المختار: ٤ / ٢٧٦، وحاشية ابن عرفة على الشرح الكبير: ٤ / ١٣٩، وشرح منهج الطلاب: ٣ / ٢٢٢).

مسألة: والأصل في الالتقاط: السنة؛ كما في حديث زيد بن خالد - رضي الله عنه - وغيره كما يأتي، والإجماع. (ينظر المصادر السابقة، والمحلى: ٨ / ٢٦١).

والحكمة من مشروعية اللقطة: حفظ متاع الناس وأموالهم، وتعويد أفراد المجتمع على الأمانة، والتكافل.

(١) كنقد ومتاع، ونحوه من الأموال.

(٢) كالكلب المعلم وجلد الميتة، ونحوهما.

(كشاف القناع: ٤ / ٢٠٩، وشرح المنتهى: ٢ / ٤٧١).

(٣) الجوهري.

(٤) في المطلع (ص: ٢٨٢): «الضوال: جمع ضالة، قال الجوهري: لا يقع إلا على الحيوان، فأما الأمتعة فيقال لها لقطة، ويقال للضوال: الهوامي والهوافي، والهوامل».

وَتَتَبَّعَهُ هِمَّةُ أَوْسَاطِ النَّاسِ، فَأَمَّا الرَّغِيفُ وَالسَّوْطُ وَنَحْوُهُمَا فَيُمْلَكُ بِلاَ تَعْرِيفٍ،

(و)[١] يعتبر فيما يجب تعريفه أن (**تتبعه همة أوساط الناس**)[(١)] بأن يهتموا في طلبه[(٢)]، (**فأما الرغيف والسوط**) وهو الذي يضرب به، وفي «شرح المهذب»: هو فوق القضيب ودون العصا (**ونحوهما**) كشسع النعل[(٣)]، (**فيملك**) بالالتقاط (**بلا تعريف**)، ويباح الانتفاع به[(٤)]، لما

---

(١) وعبر بأوساط الناس؛ لأن أشرافهم لا يهتمون بالشيء الكبير، وأسقاطهم قد تتبع هممهم الرذيل الذي لا يؤبه له، وهو يختلف باختلاف العرف.

(٢) وهذا هو القسم الأول من أقسام اللقطة.

قال ابن قدامة في المغني (٨/٢٩٦): «ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم في إباحة أخذ يسير اللقطة والانتفاع به ....».

ودليل جواز الانتفاع باليسير، وعدم وجوب تعريفه: ما رواه أنس ـ رضي الله عنه ـ قال: «مرَّ النبي ﷺ بتمرة في الطريق، قال: «**لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها**» رواه البخاري.

وفي مصنف عبدالرزاق (١٠/١٤٤): «أن عمر ـ رضي الله عنه ـ مرَّ بتمرة في الطريق فأكلها» وروى أيضاً عن ابن عمر نحوه.

وإذا جاء صاحبها ووجدها في يد الملتقط قبل أن يستهلكها دفعها إليه؛ لقوله ﷺ: «**من وجد عين ماله فهو أحق بها**» متفق عليه.

(المبسوط: ١٠/٢، وفتح القدير: ٤/٤٢٦).

(٣) السير الذي يدخل بين الأصبعين.

(٤) في الحال، وتقدم قريباً قول الموفق «بلا خلاف».

---

[١] في / ط بلفظ (يعتبر) بدون الواو.

وَمَا امْتَنَعَ مِنْ سَبُعٍ صَغِيرٍ

روى جابر قال: «**رخص رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل يلتقطه الرجل ينتفع به**»(١) رواه أبو داود، وكذا التمرة والخرقة وما لا خطر له ولا يلزمه دفع[1] بدله(٢) (**وما امتنع من سبع صغير**)(٣) كذئب(٤)،

---

(١) أخرجه أبو داود: (٢/٣٣٩) اللقطة (ح ١٧١٧)، وابن عدي في الضعفاء: (٦/٢٣٥٣)، والبيهقي: (٦/١٩٥) اللقطة، باب ما جاء في قليل اللقطة، من طريق المغيرة بن زياد عن أبي الزبير المكي عن جابر ابن عبدالله مرفوعاً، وفي إسناده المغيرة بن زياد البجلي، وله أوهام، ولم يتابعه أحد في رواية الرفع، كما أن في الإسناد أبا الزبير المكي وهو مدلس وقد رواه بالعنعنة.

وأشار أبو داود ـ عقب روايته للحديث ـ إلى أنه روى موقوفاً من طريق شبابة عن مغيرة بن مسلم عن أبي الزبير عن جابر، وقال البيهقي: «في رفع هذا الحديث شك وفي إسناده ضعيف».

(٢) وتقدم قريباً أنه إذا جاء صاحبها قبل أن تستهلك وجب على الملتقط دفعها إليه.

(٣) وهذا القسم الثاني من أقسام اللقطة، وهو ما يحرم التقاطه، وهو نوعان:

الأول: الضوال، وهو كل ما يتحفظ بنفسه من الحيوانات ويمتنع من صغار السباع إما لكبر جثته أو سرعة عدوه أو لطيرانه، أو لنابه. فيحرم أخذه؛ لما استدل به المؤلف.

(٤) وثعلب، وابن آوى، وولد الأسد.

---

[١] في / هـ بلفظ (رد).

كَثَوْرٍ وَجَمَلٍ وَنَحْوِهِمَا حَرُمَ أَخْذُه،

ويرد الماء[(١)] **(كثور وجمل ونحوهما)** كالبغال والحمير[(٢)] والظباء والطيور والفهود، ويقال لها: الضوال والهوامي[[١]] والهوامل **(حرم أخذه)**

---

(١) لقوله ﷺ في حديث زيد بن خالد الجهني: «**ترد الماء وتأكل الشجر**» متفق عليه.

(٢) أما الإبل والخيل والبغال فلكبر جثتها.

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٦/ ١٩٥): «والبقر كالإبل نص عليه أحمد، وهو قول الشافعي، وحكي عن مالك: أن البقرة كالشاة. ولنا خبر جرير فإنه طرد البقرة ولم يأخذها، ولأنها تمتنع من صغار السباع، وتجزئ في الأضحية عن سبعة كالإبل».

وأما الحمير، فقال الموفق في المغني (٨/ ٣٤٤): «جعلها أصحابنا من هذا القسم الذي لا يجوز التقاطه لكبر جسمها كالخيل والبغال، والأولى إلحاقها بالشاة؛ لأن النبي ﷺ علل الإبل بأن معها سقاءها والحمر مساوية للشاة في علتها، فإنها لا تمتنع من الذئب وتفارق الإبل في علتها، لكونها لا صبر لها على الماء، وإلحاق الشيء بما ساواه في علة الحكم وفارقه في الصورة أولى من إلحاقه بما قاربه في الصورة، وفارقه في الحكم» ا.هـ.

وأما الفهود فلأنيابها، وأما الظباء فلسرعة عَدْوِها، وأما الطيور فلطيرانها. ولا يلتقط الطير والظباء ونحوها إذا أمكن صاحبها إدراكها.

---

[١] في / م، ف بلفظ (والهومي).

. . . .

لقوله عليه السلام لما سئل عن ضالة الإبل: «**مالك ولها؟**[١] **معها سقاؤها وحذاؤها**[٢]، **ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها**»[٣] متفق عليه.

---

(١) استفهام إنكار.

(٢) سقاؤها: جوفها، وحذاؤها: خفها، والمراد شدة صبرها عن الماء، لكثرة ما توعي في بطونها منه، وقوتها على وروده. (ينظر النهاية ١ / ٣٥٧). (الشرح الكبير مع الإنصاف: ٦ / ١٩٥).

(٣) ولأحمد وغيره مرفوعاً: «لا يأوى الضالة إلا ضال».

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٦ / ١٩٤): «ومنها يجوز للإمام ونائبه أخذ ما يمتنع من صغار السباع وحفظه لربه ولا يلزمه تعريفه قاله الأصحاب .. وقال المصنف – أي ابن قدامة – يجوز أخذها إذا خيف عليها كما لو كانت في أرض مسبعة، أو قريباً من دار الحرب، أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين، أو في برية لا ماء فيها ولا مرعى ولا ضمان على آخذها لأنه إنقاذ من الهلاك، قال الحارثي: وهو كما قال. قلت: لو قيل بوجوب أخذها، والحالة هذه لكان له وجه.

ومنها: قطع المصنف والشارح بجواز التقاط الصيود المتوحشة التي إذا تركت رجعت إلى الصحراء بشرط أن يعجز عنها صاحبها ... وظاهر ما قدمه في الفروع: عدم الجواز قلت وهو ضعيف» ا.هـ.

أخرجه البخاري: (١ / ٣١) العلم، باب الغضب في الموعظة والتعليم، (٣ / ٧٩) المساقاة، باب شرب الناس وسقي الناس من الأنهار، (٣ / ٩٣، ٩٥، ٩٦) اللقطة، باب ضالة الإبل، وباب ضالة الغنم، وباب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها، وباب إذا جاء =

. . . .

. . . .

وقال عمر: «**من أخذ الضالة فهو ضال**»(١)، أي مخطئ، فإن أخذها ضمنها(٢)، وكذا نحو حجر طاحون وخشب كبير(٣).

= صاحب اللقطة بعد سنة ردها عليه، وباب من عرف اللقطة، (٦/ ١٧٤) الطلاق، باب حكم المفقود في أهله وماله، (٧/ ٩٨، ٩٩) الأدب، باب ما يجوز من الغضب، مسلم: (٣/ ١٣٤٦ - ١٣٤٩) اللقطة (ح ١-٧) من حديث زيد بن خالد الجهني.

(١) أخرجه مالك في الموطأ: (٣/ ٧٥٩) الأقضية، باب القضاء في الضوال (ح ٥٠)، عبدالرزاق: (١٠/ ١٣٣ - ح ١٨٦١٢)، وابن أبي شيبة: (٦/ ٤٦٥) البيوع، باب من كره أخذ اللقطة (ح ١٧١٤)، والبيهقي: (٦/ ١٩١) اللقطة، باب ما يجوز له أخذه من طريق يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب، وإسناده صحيح.

(٢) فإن كتمها حتى تلفت فالمذهب: تضمن بقيمتها مرتين لحديث أن النبي ﷺ قال في الضالة المكتومة: «غرامتها، ومثلها معها». رواه أبو داود وعبدالرزاق والبيهقي، عن أبي هريرة رضي الله عنه، وفي إسناده عمرو بن مسلم الجندي وهو ضعيف، وفي الباب آثار عن بعض الصحابة. (الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٦/ ١٩٦).

(٣) وهذا هو النوع الثاني مما يحرم التقاطه ما يتحفظ بنفسه ولا يبرح عن مكانه من الأموال كما مثل المؤلف وكمثل القدور والآلات ونحو ذلك فهو كالإبل في تحريم أخذه، بل أولى؛ لأن الإبل معرضة للتلف في الجملة بالأسد والجوع والعطش وغير ذلك، وهذه بخلافها. (المصدر السابق).

. . . .

وَلَهُ التِقَاطُ غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ حَيَوَانٍ وَغَيْرِهِ، إنْ أَمِنَ نَفْسَهُ عَلَى ذَلِكَ،

(**وله التقاط غير ذلك**) أي: غير ما تقدم[١] من الضوال ونحوها(١) (**من حيوان**) كغنم وفصلان(٢) وعجاجيل(٣) وأفلاء،[٢] (**وغيره**) كأثمان ومتاع(٤) (**إن أمن نفسه على ذلك**) وقوي على تعريفها(٥) لحديث زيد بن خالد الجهني قال: سئل النبي ﷺ عن لقطة الذهب والورق فقال: «**اعرف وكاءها وعفاصها**(٦) **ثم عَرِّفها**

---

(١) وهذا هو القسم الثالث من أقسام اللقطة: وهو ما يشرع التقاطه ويشمل ما لا يمتنع من صغار السباع، وما لا يتحفظ بنفسه من الأموال.

(٢) في المصباح (٢/٤٧٤): «الفصيل: ولد الناقة؛ لأنه يفصل عن أمه؛فهو فعيل بمعنى مفعول، والجمع فصلان بضم الفاء وكسرها، وقد يجمع على فصال» ا.هـ.

(٣) في المصباح (٢/٣٩٤): «العجل: ولد البقرة ما دام له شهر، وبعده يتنقل عن الاسم، والأنثى عجلة، والجمع عجول» ا.هـ.

(٤) الأثمان: الذهب والفضة، والمتاع: نحو الثوب، والقدر الصغير، والكتاب، ونحو ذلك وكمريض من كبار إبل سواء وجد ذلك بمصر، أو بمهلكة لم ينبذه ربه رغبة عنه.

(٥) ولا يضمن إن تلفت بلا تعد ولا تفريط، وإن تعدى أو فرط ضمن.

(٦) في المصباح (٢/٦٧٠): «الوكاء، مثل كتاب: حبل يشد به رأس القربة»، (٢/٤١٨): «العفاص: الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة، أو غير ذلك».

---

[١] مما يمتنع من السبع الصغير.

[٢] الأفلاء بالمد جمع فلو كوعد أو سحر، وهو الجحش الصغير من الجحوش كما في المنتهى. ا.هـ حاشية / ز.

. . . .

سنة[١]، **فإن لم تعرف فاستنفقها**[٢]. **ولتكن وديعة عندك**[٣] **فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه**»[٤]، وسأله عن الشاة فقال: «**خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب**»[٥] متفق عليه مختصراً[٦]، «**والأفضل تركها**»[٧]. روي عن ابن عباس وابن عمر.

---

(١) أي اذكرها للناس في مظان اجتماعهم من الأسواق، وأبواب المساجد والمجامع ونحو ذلك سنة، ويأتي.

(٢) وفي لفظ: «**إن جاء صاحبها فادفعها إليه، وإلا فشأنك بها**».

(٣) أي أمانة مدة الحول.

(٤) وفي لفظ: «**فإن جاء صاحبها فأعطها إياه**». أي: إذا وصفها بالصفات التي اعتبرها الشارع.

(٥) فالحديث دليل على جواز أخذها؛ كأنه قال: هي ضعيفة لعدم الاستقلال، معرضة للهلاك مترددة بين أن تأخذها أنت، أو أخوك، أو يأكلها الذئب، بل حثه على أخذها؛ لأنه إذا علم أنها إن لم يؤخذ بقيت للذئب. (حاشية ابن قاسم: ٥/٤٠٩).

الحديث تقدم تخريجه بألفاظ متعددة من حديث زيد بن خالد الجهني.

(٦) أي لم يسقه بتمامه، وإن ساق المقصود منه.

(٧) روي عن ابن عباس أنه كان يقول: «**لا ترفع اللقطة، لست منها في شيء**»، وقال: «**تركها خير من أخذها**» أخرجه عبدالزراق: (١٠/ ١٣٧-١٣٨ / ح ١٨٦٢٤)، وابن أبي شيبة: (٦/٤٦٢-٤٦٣)=

. . . .

وَإِلاَّ فَهُوَ كَغَاصِبٍ،

(وإلا) يأمن نفسه عليها **(فهو كغاصب)**[1] فليس له أخذها لما فيه

= البيوع، باب من كره أخذ اللقطة (ح١٧٠٤)، والبيهقي: (٦/ ١٩٢) اللقطة، باب تعريف اللقطة، من طريق قاموس بن أبي ظبيان عن أبيه عن ابن عباس.

أما الأثر المروي عن ابن عمر، فأخرج عبدالرزاق في المصنف: (١٠/ ١٣٧ - ح ١٨٦٢٣) من طريق سالم: أن رجلاً وجد لقطة، فقال له ابن عمر: قد كنت ترى مكانها ألا تأخذها.

وأخرجه ابن أبي شيبة: (٦/ ٤٦٤) البيوع، باب من كره أخذ اللقطة (ح ١٧١١) من طريق سفيان أن عبدالله بن دينار قال: قلت لابن عمر: وجدت لقطة، قال: ولم أخذتها؟

وأخرجه مالك: (٢/ ٧٥٨) الأقضية (ح ٤٨)، والشافعي في الأم: (٤/ ٦٩)، والبيهقي: (٦/ ١٨٨) من طريق نافع: أن رجلاً وجد لقطة، فجاء إلى عبدالله بن عمر، فقال له: لا آمرك أن تأكلها، ولو شئت لم تأخذها.

(١) لحكم اللقطة أحوال:

الحال الأولى: أن يعلم أمانة نفسه، ويخاف عليها من الضياع، ففي هذه الحال يجب عليه الالتقاط، باتفاق الأئمة؛ لقوله تعالى: ﴿**وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ**﴾ وإذا كان وليًّا لأخيه المسلم وجب عليه حفظ ماله.

الحال الثانية: أن يعلم خيانة نفسه، فباتفاق الأئمة يحرم عليه أخذها؛ لأنه بأخذه لها يكون قد تعدى على مال الغير. =

. . . .

. . . .

من تضييع مال غيره[١]، ويضمنها إن تلفت فرط أو لم يفرط ولا يملكها، وإن عرفها[٢] ومن أخذها ثم ردها إلى موضعها[٣] أو فرط

= **الحال الثالثة**: ما عدا هاتين الحالتين، فعند الحنفية: يباح أخذها، لكن يكره إذا لم يأمن على نفسه القيام بتعريفها.

وعند المالكية: يكره الالتقاط إذا لم يخف عليها خائناً، سواء علم أمانة نفسه أو شك فيها.

وعند الشافعية: يستحب الالتقاط إذا كان واثقاً أمانة نفسه عليها.

وعند الحنابلة: الأفضل ترك الالتقاط.

(ينظر: حاشية رد المختار: ٤ / ٢٧٦، والشرح الصغير وحاشيته: ٤ / ١٧٠، ونهاية المحتاج: ٥ / ٤٢٤، والكافي لابن قدامة: ٣ / ٣٥٢، وشرح المنتهى: ٢ / ٤٧٤).

(١) فهو كإتلافها، وكما لو نوى تملكها في الحال أو كتمانها.

(٢) وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٦ / ٢٠٦): (ويحتمل أنه يملكها؛ لأن ملكها بالتعريف والالتقاط وقد وجدا، كما إذا دخل ملك غيره بغير إذنه فاصطاد أو احتش منه ملك الصيد والحشيش، وإن كان دخوله محرماً، ولأن عموم النص يتناول هذا الملتقط فيثبت حكمه فيه».

(٣) فالمذهب، ومذهب الشافعية: أنه إذا ردها إلى موضعها يضمن، إلا أن يكون ذلك بإذن الإمام أو نائبه؛ لأنها أمانة حصلت في يده، فلزمه حفظها كسائر الأمانات.

وعند الحنفية: لايخلو الأمر من حالين: =

. . . .

. . . .

فيها ضمنها[١]، ويخير في الشاة ونحوها[٢] بين ذبحها.

= **الحال الأولى**: أن يكون قد أخذها ليحفظها ويعرفها، ثم يردها إلى صاحبها، فإذا ردها إلى مكانها لا ضمان عليه؛ لأن أخذها لتعريف لم يكن سبباً للضمان، وكذا ردها إلى مكانها؛ لأنه نسخ لفعله كرد الوديعة والمغصوب إلى مالكهما.

الحال الثانية: أن يأخذها لنفسه، ثم يردها إلى مكانها فيضمن؛ لأن أخذها لنفسه موجب للضمان، وبعد وجوب الضمان لا يبرأ إلا بالرد على المالك كالغاصب.

وعند المالكية: إن أخذها لأجل الحفظ والتعريف فردها ضمن.

وإن أخذها ليتأملها أو ليسأل جماعة عنها فإن ردها في مكانها أو بالقرب فلا ضمان، وإلا ضمن.

وإن أخذها بنية الخيانة،وردها إلى مكانها فيضمن لوجوب ردها إلى صاحبها.

(المبسوط: ١١ / ١٣، وبدائع الصنائع: ٨ / ٣٨٦٨، وشرح الخرشي: ٧ / ١٢٦، والشرح الصغير: ٤ / ١٧٣، ومغني المحتاج ٢ / ٤١١، ومنار السبيل: (١ / ١٦٥).

(١) كسائر الأمانات، إلا أن يكون ردها بإذن الإمام أو نائبه كما تقدم.

(٢) مما يجوز التقاطه من صغار السباع كفصلان، وعجاجيل، وأفلاء، ودجاج، ونحو ذلك، ويلزمه فعل الأصح؛ إذ القاعدة: أن من اختار لغيره؛ فخياره خيار مصلحة، ومن اختار لنفسه؛ فخياره خيار تشهٍ.

. . . .

وَيُعَرِّفُ الجَمِيعَ فِي

وعليه القيمة[١] أو بيعها ويحفظ ثمنها[٢] أو ينفق عليها من ماله بنية الرجوع[٣]، وما يخشى فساده له بيعه وحفظ ثمنه[٤] أو أكله بقيمته أو تجفيف ما يمكن تجفيفه[٥].

(**ويُعرِّفُ الجميع**)[٦] وجوباً لحديث زيد السابق[٧] نهاراً (**في**

---

(١) أي ذبح الشاة ونحوها، وعليه قيمتها في الحال، وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٦/٢١٨): «قال ابن عبدالبر: أجمعوا على أن ضالة الغنم في الموضع المخوف عليها له أكلها».

(٢) ولو بلا إذن الإمام؛ لأنه إذا جاز أكلها بلا إذنه فبيعها أولى.
وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات: «وإذا باع الملتقط اللقطة بعد الحول فالأشبه أنَّ المالك لا يملك انتزاعها من المشتري مجاناً».

(٣) فإن نوى الرجوع رجع، وإن نوى التبرع لم يرجع، وإن لم ينو شيئاً، فالأقرب: أنه يرجع.

(٤) أي وما يخشى فساده بإبقائه كخضروات وفواكه، ونحوها فللملتقط بيعه بلا حكم حاكم، وحفظ ثمنه لصاحبه.

(٥) كعنب، وغرامة التجفيف منه، ويفعل ما يرى الأحظ فيه، وإن تركه حتى تلف ضمنه.

(٦) فوراً؛ لأنه مقتضى الأمر سواء كان الملتقط حيواناً، أو أثماناً، أو متاعاً، وسواء التقطه تملكاً، أو حفظاً لربه.

(٧) وهو قوله ﷺ: «**ثم عرفها سنة**».

مَجَامِعِ النَّاسِ غَيْرِ المَسَاجِدِ حَوْلاً،

مجامع الناس) كالأسواق وأبواب المساجد في أوقات الصلوات[(١)][(٢)]، لأن المقصود إشاعة ذكرها وإظهارها ليظهر عليها صاحبها **(غير المساجد)** فلا تعرف فيها[(٣)]، **(حولاً)** كاملاً[(٤)] روي عن عمر وعلي

---

(١) في الإنصاف مع الشرح (١٦/٢٢٧): «وهذا بلا نزاع في الجملة».

(٢) أدبار الصلوات فيتحرى مجامع الناس.

(٣) لأنها لم تبن لهذا، وأمر عمر ـ رضي الله عنه ـ بتعريف اللقطة على باب المسجد، وذكر القسطلاني: لعله إذا وقع التعريف برفع الصوت؛ لحديث: «**من سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فليقل لا ردها الله عليك**» أما لو سأل الجماعة في المسجد بدون ذلك، فلا تحريم ولا كراهة.

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب مالك والشافعي؛ لحديث زيد بن خالد الجهني، ولأن السنة لا تتأخر عنها القوافل، ويمضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد من الحر والبرد، والاعتدال فصلحت قدراً.

وعند أبي حنيفة: التفريق بين القليل والكثير، فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً حسب ما يرى أنها كافية للإعلام، وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها حولاً؛ لأن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم.

(فتح القدير: ٦/١٢٢، والمدونة: ٦/١٧٣، ومغني المحتاج: ٢/٤١٣، والمغني ٨/٢٩٢).

. . . .

وَيَمْلِكُهُ بَعْدَهُ

وابن عباس عقب الالتقاط[١]، لأن صاحبها يطلبها إذاً كل يوم أسبوعاً ثم عرفاً[٢]. وأجرة المنادي على الملتقط[٣]. (**ويملكه بعده**) أي بعد

---

(١) وإن أخر التعريف أثم، ولم يملكها به.
الأثر المروي عن عمر في تعريف اللقطة سنة واحدة أخرجه مالك: (٢/ ٧٥٧– ٥٧٨) الأقضية، (ح ٤٧)، والشافعي في الأم: (٤ / ٦٩)، وعبدالرزاق في المصنف: (١٠ /١٣٦، ١٣٧، ١٣٩ – ح ١٨٦١٨، ١٨٦٢١، ١٨٦٣٠)، وابن أبي شيبة: (٦ /٤٥٢، ٤٥٣، ٤٦٢) البيوع، (ح ١٦٧٧، ١٦٧٨، ١٠٧٣)، وابن حزم في المحلى: (٨/ ٢٦٦)، والبيهقي: (٦ /١٨٧، ١٩٣) اللقطة.
وأما أثر علي – رضي الله عنه – فأخرجه ابن أبي شيبة: (٦ / ٤٥١، ٤٥٢) البيوع، باب في اللقطة ما يصنع بها؟ (ح ١٦٧٥).
وأما أثر عبدالله بن عباس؛ فأخرجه ابن أبي شيبة: (٦ /٤٤٩ – ح ١٦٧٠).

(٢) وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٦ /٢٢٧): «قال في الترغيب والتلخيص والرعاية وغيرهم: ثم مرة في كل أسبوع من شهر، ثم مرة في كل شهر. وقيل: على العادة بالنداء، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، قلت: وهو الصواب، ويكون ذلك على الفور، وقيل: يعرفها بقرب الصحراء إذا وجدها فيها، قال في الرعاية: قلت: في أقرب البلدان منه».
ولا يذكر صفتها، بل يُجمل فيقول: من ضاع منه شيء، أو نفقة، ونحو ذلك؟ لأنه قد يدعيها بعض من سمع صفاتها فتضيع على مالكها.

(٣) وهذا هو المذهب: وعند المالكية: أن الأجرة تكون من اللقطة. =

حُكْماً،

التعريف (**حكماً**) أي من غير اختيار كالميراث[١] غنيًّا كان أو فقيراً[٢]

= وعند الشافعية: إن أخذها ليحفظها على مالكها لا تلزمه مؤنة التعريف، بل من بيت المال، أو يقترض على المالك، وإن أخذها للتمليك لزمة مؤنة التعريف.

(حاشية الدسوقي: ٤ / ١٢٠، ومغني المحتاج: ٢ / ٤١٢).

(١) وهذا هو المذهب لما تقدم من قوله ﷺ: «**فاستنفقها**»، وفي لفظ: «**فهي كسبيل مالك**»، وفي لفظ: «**ثم كلها**»، ولأن الالتقاط والتعريف سبب للملك فإذا نما وجب الملك حكماً كالإحياء.

وعند الحنفية: إن لم يجئ صاحبها، فالملتقط بالخيار إن شاء أمسكها حتى يجيئ صاحبها، وإن شاء تصدق بها.

وعند المالكية: أن الملتقط مخير بين حفظها لصاحبها، أو أكلها، أو الصدقة بها.

(المبسوط: ١٠ / ٧، والكافي لابن عبدالبر: ٢ / ٨٣٦، وروضة الطالبين: ٥ / ٤٠٧، والمغني: ٨ / ٣٠٠).

وعند الشافعية: أن اللقطة لا تدخل ملك الملتقط حتى يختار التملك بلفظ يدل على الملك كتملكت ما التقطته، والأخرس تكفى إشارته المفهومة كسائر عقوده.

(٢) مسلماً أو كافراً، عدلاً أو فاسقاً يأمن على نفسه، ويضم إلى الكافر والفاسق أمين في تعريفهاو حفظها ويأتي قريباً.

لَكِنْ لاَ

لعموم ما سبق[١][٢]، ولا يملكها بدون تعريف[٣]، (**لكن**[١] **لا**

---

(١) من قوله ﷺ: «**فإن لم تعرف فاستنفقها**»، وقوله: «**خذها هي لك . . .**».

(٢) وهذا هو المذهب وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدل به المؤلف.

وعند أبي حنيفة: لا يجوز تملك اللقطة لمن لا تحل له الصدقة كالغني، والهاشمي، ونحو ذلك. (المصادر السابقة).

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما روى عياض بن حمار ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «**من وجد لقطة فليشهد ذا عدل، أو ذوي عدل، ولا يكتم ولا يغيب، فإن وجد صاحبها فليردها عليه، وإلا فهو مال الله عز وجل يؤتيه من يشاء**» رواه أبو داود بإسناد صحيح.

واستثنى الشافعية من جواز التملك الحالات الآتية:

(أ) اللقطة التي دفعها للحاكم، وترك التعريف والتملك، ثم ندم وأراد أن يعرف ويتملك، فلا يمكنه؛ لأنه أسقط حقه.

(ب) أخذ اللقطة للخيانة.

(جـ) لقطة الحرم، وتأتي. (المصادر السابقة).

مسألة: لقطة الحرم: المذهب، ومذهب المالكية والحنفية: أن لقطة الحرم والحل سواء؛ لعموم قوله ﷺ: «**اعرف عفاصها ووكاءها، ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها**» ولأن حرم مكة أحد الحرمين فأشبه حرم المدينة، ولقطة حرم المدينة كغيرها من البلاد. =

. . . .

يَتَصَرَّفَ فِيهَا قَبْلَ مَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا،

يتصرف فيها قبل معرفة صفاتها)[١] أي حتى يعرف وعاءها ووكاءها[٢] وقدرها وجنسها وصفتها، ويستحب ذلك عند وجدانها[٣] والإشهاد

= وعند الشافعية ورواية عن الإمام أحمد: أنه لا يجوز أخذ لقطة الحرم للتملك، وإنما يجوز التقاطها لتحفظ لصاحبها، وتعرَّف حتى ترد إليه مهما طال الأمد؛ لحديث ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ وفيه قوله ﷺ: «**ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد**» متفق عليه، ولما ثبت في صحيح مسلم أن النبي ﷺ «**نهى عن لقطة الحاج**».

قال ابن القيم في زاد المعاد (٣/٤٥٣): «فيه دليل على أن لقطة الحرم لا تملك بحال، وأنها لا تلتقط إلا للتعريف لا للتملك، وإلا لم يكن لتخصص مكة بذلك فائدة أصلاً».

(فتح القدير: ٥/٣٥٦، وشرح الخرشي: ٧/١٢٥، والمهذب: ١/٤٣٦، وكشاف القناع: ٤/٣٤٣، وفتح الباري: ٥/٨٨، ومرقاة المفاتيح: ٣/٢٦٧، وشرح الأبي: ٣/٤٥٠).

(١) لأمره ﷺ بذلك، والأمر يقتضي الوجوب.

(٢) الوكاء: الخيط الذي تشد به. (المنتقى: (٦/١٣٦).

(٣) لحديث زيد بن خالد الجهني، وفيه قوله ﷺ: «**اعرف وكاءها وعفاصها**».

وفي المغني (٨/٣٠٨): «تجب حالة الأخذ وجوباً موسعاً، وحالة إرادة التصرف وجوباً مضيقاً».

. . . .

فَمَتَى جَاْءَ طَالِبَهَا فَوَصَفَهَا لَزِمَ دَفْعُهَا إِلَيْهِ،

عليها[١]، (**فمتى جاء طالبها فوصفها لزم دفعها إليه**) بلا بينة[٢] ولا

---

(١) عند الحنفية والحنابلة: لا يذكر صفاتها عند الإشهاد، بل يقول: إني التقطت لقطة، أو عندي لقطة ونحو ذلك، لأنه إذا ذكر صفاتها قد يدعيها من لا يستحقها.
وعند الشافعية: يشهد على صفاتها حتى لو مات لا يتملكها الوارث.
ورجح النووي: أنه يشهد على بعض الصفات.
(بدائع الصنائع: ٨/٣٨٦٨، وروضة الطالبين: ٥/٧٠٨، وكشاف القناع: ٤/٢٢٠).

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية: سنية الإشهاد على اللقطة لعموم الأخبار في اللقطة، كحديث زيد بن خالد الجهني - رضي الله عنه - وغيره، وليس فيها الأمر بالإشهاد، ولأن في الإشهاد صيانة لنفسه عن الطمع فيها، وحفظها من ورثته إن مات.
وعند الحنفية والظاهرية: يجب الإشهاد؛ لحديث عياض بن حمار أن النبي ﷺ قال: «**من وجد لقطة فليشهد ذا عدل، أو ذوي عدل، ولا يكتم، ولا يغيب**» رواه أبو داود وإسناده صحيح.
وعند المالكية: يسن الإشهاد، إلا إذا تحقق أو ظن ادعاء ملكيتها فيجب.
وهذا أقرب، وعليه يحمل حديث عياض بن حمار.
(حاشية ابن عابدين: ٣/٣١٩، وحاشية الدسوقي: ٤/١٢٦، ومغني المحتاج: ٢/٤٠٧، والمغني: ٨/٣٠٨).

. . . .

يمين، وإن لم يغلب على ظنه[١] صدقه لحديث زيد وفيه: «**فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه وإلا فهي لك**» رواه مسلم[٢]، ويضمن تلفها ونقصها بعد الحول مطلقاً[٣] لا قبله إن لم

---

(١) وهذا هو المذهب ومذهب المالكية: أن الملتقط يجبر على تسليم اللقطة لصاحبها إذا وصفها بصفاتها، سواء غلب على ظنه صدقه أم لا، ولا يحتاج إلى بينة، لما استدل به المؤلف، ولأنه من المتعذر إقامة البينة على اللقطة؛ لأنها ضاعت من صاحبها حال السهو والغفلة وليس عنده شهود.

وعند الحنفية والشافعية: لا يجبر على تسليم اللقطة إلى مدعيها بلا بينة؛ لأنه مدع محتاج إلى بينة كغيره، ولأن اللقطة مال للغير فلا يجب تسليمه بالوصف كالوديعة.

لكن عند الحنفية: يجوز تسليمها له إذا أصاب علامتها، ولا يجبر.

وعند الشافعية: يجوز إذا غلب على ظنه صدق مدعيها.

وأما نماء اللقطة: فقبل الحول لمالكها مطلقاً سواء كان متصلاً أو منفصلاً.

وأما بعد الحول فالمذهب: أن المنفصل للملتقط، والمتصل للمالك.

والصواب: أن المتصل والمنفصل بعد الحول للملتقط.

(فتح القدير: ٦/١٢٩، وتبيين الحقائق: ٣/٣٠٦، والمدونة: ٦/١٧٤، ومغني المحتاج: ٢/٤١٦، وكشاف القناع: ٤/٢٢٠).

(٢) في (٣/١٣٤٩) اللقطة (ح ٦)، وقد تقدم بقية تخريجه.

(٣) هذا بناء على المذهب: أن اللقطة تدخل في ملك الملتقط بعد الحول =

. . . .

وَالسَّفِيهُ وَالصَّبِيُّ يُعَرِّفُ لَقَطتهُمَا وَلِيُّهُمَا،

يفرط[١].

(**والسفيه والصبي يعرف لقطتهما وليهما**)[٢] لقيامه مقامهما، ويلزمه أخذها منهما[٣]، فإن تركها في يدهما فتلفت ضمنها[٤]، فإن

= قهراً كالميراث وتقدم قريباً نقل أقوال أهل العلم في هذه المسألة، فعلى القول بأنها تدخل في ملكه يضمنها مطلقاً، وكذا إذا اختار التملك على القول بعدم دخولها في ملكه يضمنها، وإذا لم يختر التملك فأمانة عنده.

(١) لأنها أمانة عنده كالوديعة، وفي المغني (٨/٣١٣): «لا أعلم فيه خلافاً» فإن فرط ضمنها بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال، وقيمتها إن كانت قيمية. (المصادر السابقة).

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية والشافعية: أنه يجوز الالتقاط من أي إنسان؛ سواء كان مكلفاً أو غير مكلف، رشيداً أم لا، لعموم الأدلة، ولأن الالتقاط تكسب فصح من هؤلاء كالاصطياد والاحتشاش.
لكن استثنى الحنفية: المجنون؛ فلا يصح التقاطه عندهم، وكذا المعتوه في قول.
وعند مالك: أن الملتقط هو كل حر، مسلم، بالغ، عاقل؛ لأن اللقطة ولاية، ولا ولاية لهؤلاء، ولأنها أمانة، ولا أمانة لهؤلاء.
(حاشية ابن عابدين: ٣/٣١٩، وبداية المجتهد: ٢/٣٣٣، والمهذب: ١/٤٣٣، ومنتهى الإرادات: ١/٥٥٨).

(٣) وحفظها كما لهما؛ لأنهما ليسا بأهل للحفظ والأمانة.

(٤) لأنه المضيع لها إذ يلزمه حفظ ما يتعلق به حق موليه.

وَمَنْ تركَ حَيَوَاناً بِفَلاَةٍ لانْقِطَاعِهِ، أَوْ عَجْزِ رَبِّهِ

لم تعرف[١] فهي لهما(١)، وإن وجدها عبد عدل فلسيده أخذها منه وتركها معه ليعرفها(٢)، فإن لم يأمن سيده عليها سترها عنه وسلمها الحاكم ثم يدفعها إلى سيده بشرط الضمان(٣)، والمكاتب كالحر(٤)، ومن بعضه حر فهي بينه وبين سيده(٥).

(**ومن ترك حيواناً**) لا عبداً أو متاعاً (**بفلاة لانقطاعه**(٦) **أو عجز ربه**(٧)

---

(١) كالكبير؛ لعموم الأدلة.

(٢) أي ولسيد العبد ترك اللقطة مع العبد ليعرفها إن كان عدلاً، ويكون السيد مستعيناً به في حفظها كسائر ماله، وإن كان غير أمين وتركها معه فتلفت ضمنها لتفريطه. (كشاف القناع ٤/٢٢٥).

(٣) لأنها من كسب العبد، ولو أعتقه بعد التقاطه كان له انتزاعها من سيده؛ لأنها من كسبه.

(٤) لأن المكاتب يملك كسبه. (المصدر السابق).

(٥) على قدر ما فيه من الحرية والرق كسائر أكسابه.

(٦) بعجزه عن مشي، أو ترك بمهلكة ملكه آخذه.

(٧) أي عجز ربه عن نحو علفه ملكه آخذه؛ لحديث جابر - رضي الله عنه - «أنه كان يسير على جمل فأعيا فأراد أن يسيبه فلحقني النبي ﷺ فدعا لي وضربه» متفق عليه. ولأنها تركت رغبة عنها أشبهت سائر ما ترك رغبة عنه.

---

[١] في / ف بلفظ (يفرط).

عَنْهُ مَلَكَهُ آخِذُهُ، وَمَنْ أُخِذَ نَعْلُهُ وَنَحْوُهُ وَوَجَدَ مَوْضِعَهُ غَيْرَهُ فَلُقَطَةٌ.

عنه ملكه آخذه) بخلاف عبد ومتاع[1]، وكذا ما يلقى في البحر خوفاً من غرق فيملكه آخذه[2]، وإن انكسرت سفينة فاستخرجه قوم فهو لربه وعليه أجرة [المثل][3].

(ومن أخذ نعله ونحوه) من متاعه[4]. **(ووجد موضعه غيره فلقطة)**، ويأخذ حقه منه بعد تعريفه[5]، وإذا وجد عنبرة على الساحل فهي له.

---

(١) أي فلا يملك بذلك اقتصاراً على النص، ولأن العبد يمكنه في العادة التلخص إلى الأماكن التي يعيش فيها، والمتاع لا حرمة له في نفسه، ولا يخشى عليه التلف كما يخشى على الحيوان.

(٢) لإلقاء صاحبه له اختياراً فيما يتلف بتركه أشبه ما لو ألقاه رغبة عنه.

(٣) تقدم في باب الجعالة.

(٤) كثياب في حمام.

(٥) في الإنصاف مع الشرح ١٦ / ٢٧٦ : فوائد؛ منها لو وجد لقطة في غير طريق مأتي، فهي لقطة. على الصحيح من المذهب. قدمه في «الفائق». واختار الشيخ تقي الدين أنه كالركاز. واختاره في «الفائق»، وجعله في «الفروع توجيهاً له.

ومنها، لو أخذ متاعه، أو ثوبه، وترك له بدله، فالصحيح من المذهب أنه لقطة. نص عليه، وقيل: لا يعرفه مع قرينة سرقة. وهو احتمال =

....

. . . .

= للمصنف. قلت: وهو عين الصواب. قال الحارثي: وهذا حسن. وقال: قد يقال فيه بمعنى مسألة الظفر. ومذهب أحمد، منع الأخذ فيها. فعليها، هل يتصدق به[١] بعد تعريفه؟ إن قلنا: يعرفه، أو يأخذ حقه بنفسه، أو بإذن حاكم. فيه أوجه. قال المصنف، وتابعه الشارح: القول بأخذ حقه بنفسه أقرب إلى الرفق بالناس.

ومنها: لو وجد لقطة بدار الحرب وهو في الجيش، عرفها، ثم وضعها في المغنم. نص عليه. وإن كان دخل بأمان، عرفها، ثم هي له، إلا أن يكون في جيش، فهي كالتي قبلها. وإن دخل متلصصاً، عرفها، ثم هي كالغنيمة. على الصحيح من المذهب. ويحتمل أن تكون له من غير تعريف. ذكره المصنف. قلت: وهذا هو الصواب، وكيف يعرف ذلك؟

ومنها: مؤنة رد اللقطة على ربها. على الصحيح من المذهب. وقال في «الترغيب»، و«الرعاية»: مؤنة الرد على الملتقط.

ومنها: ضمانها بموته، كالوديعة. وقيل: به بعد الحول، ووارثه كهو.

ومنها: الالتقاط يشتمل على أمانة واكتساب. قال الحارثي: وللناس خلاف في المغلب منهما؛ منهم من قال: الكسب. ووجه بأنه ملاك الأمر. ومنهم من قال: الأمانة. وهو الصحيح؛ لأن المقصود إيصال الشيء إلى أهله.

[١] ساقط من: الأصل.

....

. . . .

ومنها: لو استيقظ فوجد في ثوبه دراهم، لا يعلم من صرها، فهي له، ولا تعريف. ولأحمد نص يوجب التعريف وينفي الملك.

ومنها: لو ألقت الريح إلى داره ثوب إنسان؛ فإن جهل المالك، فلقطة، وإن علمه، دفعه إليه، فإن لم يفعل، ضمن بحبس مال الغير من غير إذن ولا تعريف.

ومنها: لو سقط طائر في داره، فقال في «المغني»: لا يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه؛ لأنه محفوظ بنفسه، وهذا ما لم ينقطع عنه، أما إن انقطع، وجب حفظه والدفع إليه؛ لأنه ضائع عنه.

* * *

....

بَابُ اللَّقِيطِ

وَهُوَ: طِفْلٌ لاَ يُعْرَفُ نَسَبُهُ وَلاَ رِقُّهُ نُبِذَ أَوْ ضَلَّ،

باب اللقيط[١]

بمعنى ملقوط[٢] (وهو) اصطلاحاً: (**طفل**[٣] **لا يعرف نسبه ولا رقه نبذ**) أي طرح في شارع أو غيره[٤]، (**أو ضل**)[٥].

---

(١) أي باب بيان أحكام اللقيط.

(٢) فعيل بمعنى مفعول، كقتيل وجريح، وهو في اللغة: الطفل الذي يوجد مرمياً على الطرق لا يعرف أبوه ولا أمه. (لسان العرب: ٧/ ٣٩٢).

(٣) في المصباح (٢/ ٣٧٤): «الطفل: الولد الصغير من الإنسان والدوآب، قال ابن الأنباري: ويكون الطفل بلفظ واحد للمذكر والمؤنث، والجمع قال تعالى: ﴿أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ ويجوز المطابقة في التثنية والجمع والتأنيث، فيقال: طفلة، وأطفال، وطفلات ..».
ومن تعاريف الحنفية: اسمٌ لحيٍّ مولد طرحه أهله خوفاً من العيلة، أو فراراً من تهمة الريبة. (الدر المختار: ٣/ ٣١٤).
ومن تعاريف المالكية: أنه صغير آدمي لم يعلم أبوه ولا رقه. (شرح الخرشي: ٧/ ١٣٠).
ومن تعاريف الشافعية: كل صبي ضائع لا كافل له. (روضة الطالبين: ٥/ ١٨).

(٤) كمسجد.

(٥) أي ضل الطريق فيما بين ولادته إلى التمييز، أو البلوغ.

. . . .

وَأَخْذُهُ فَرْضُ كِفَايَةٍ

(وأخذه فرض كفاية)[١] لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾[٢]، ويسن الإشهاد عليه[٣].

---

(١) وهذا هو المذهب، وبه قال جمهور أهل العلم؛ لما استدل به المؤلف.
ولقوله تعالىٰ: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ إذ بإحيائها يسقط الحرج عن الناس؛ لأنه آدمي محترم.
وعند الحنفية: أن التقاط المنبوذ مندوب إليه؛ لما روي أن رجلاً أتىٰ عليًّا - رضي الله تعالىٰ عنه - بلقيط فقال: «هو حر، ولأن أكون وليت من أمره مثل الذي وليت أنت كان أحب إليّ من كذا وكذا ..».
ولكن إذا غلب على ظنه هلاكه لو لم يرفعه كان التقاطه فرض كفاية، وإذا كان لا يعلم به غيره كان التقاطه فرض عين.
الشرح الكبير للدردير وحاشيته: ٤ / ١٢٤، ونهاية المحتاج: ٥ / ٤٤٤، وكشاف القناع: ٤ / ٢٢٦).
(٢) سورة المائدة: الآية ٢.
(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية؛ لئلا تراوده نفسه باسترقاقه، كما يستحب الإشهاد على ما معه من مال صوناً لنفسه عن جحده.
وعند المالكية: إن تحقق أو غلب على ظنه ادعاء الوالدية أو الاسترقاق وجب ذلك.
وعند الشافعية: يجب الإشهاد على الالتقاط؛ لئلا يسترق ويضيع نسبه، ويجب الإشهاد على ما معه بطريق التبعية. (المصادر السابقة).

. . . .

وَهُوَ حُرٌّ، وَمَا وُجِدَ مَعَهُ أَوْ تَحْتَهُ ظَاهِراً أَوْ مَدْفُوناً طَرِيًّا، أَوْ مُتَّصِلاً بِهِ كَحَيَوَانٍ وَغَيْرِهِ، أَوْ قَرِيباً مِنْهُ فَلَهُ،

(**وهو حرٌّ**[1]) في جميع الأحكام؛ لأن الحرية هي الأصل، والرق عارض[2].

(**وما وجد معه**) من فراش تحته[3] أو ثياب فوقه[4] أو مال في جيبه (**أي تحته ظاهراً**[5] **أو مدفوناً طريًّا**[6] **أو متصلاً به كحيوان وغيره**). [[1]مشدوداً بثيابه، (**أو**) مطروحاً (**قريباً منه**[1]] **فـ**) هو (**له**) عملاً بالظاهر[7]. ولأن[2] له يداً صحيحة كالبالغ.

---

(١) وهذا باتفاق الأئمة.

(بدائع الصنائع: ٦/١٩٧، وشرح الخرشي: ٧/١٣٢، ومغني المحتاج: ٢/٤٢٥، وكشاف القناع: ٤/٢٢٦).

(٢) فالله عز وجل خلق آدم وذريته أحراراً، والرق عارض فإذا لم يعلم فالأصل عدمه.

(٣) كوطاء، ووسادة، وسرير.

(٤) أو غطاء عليه أو حلي ونحو ذلك.

(٥) أو تحت فراشه ووسادته ظاهراً غير مدفون.

(٦) طريًّا: أي تجدد حفره؛لأنه إذا كان طريًّا فالأقرب :أن واضع اللقيط حفره.

(٧) أي الظاهر أنه ملكه، فما كان متصلاً به، أو متعلقاً به منفعته فهو تحت يده.

(ينظر كشاف القناع ٤/٢٢٨).

[١-١] ساقط من / م ، ف.

[٢] في / م ، ف بلفظ (ولأنه).

وَيُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْهُ، وَإلاَّ فَمِنْ بَيْتِ المَالِ،

(**وينفق عليه منه**)[(١)] ملتقطه بالمعروف لولايته عليه، (**وإلا**) يكن معه شيء (**فمن بيت المال**)[(٢)] لقول عمر رضي الله عنه: «**اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته**» وفي لفظ: «**وعلينا رضاعه**»[(٣)].

---

(١) وهذا باتفاق الأئمة: أنه إذا كان له مال ينفق عليه من ماله.
(بدائع الصنائع: ٦/ ١٩٨، وشرح الخرشي: ٧/ ١٣٠، ومغني المحتاج: ٢/ ٤٢١، وشرح المنتهى: ٢/ ٤٨٢).

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدل به المؤلف.
وعند بعض الشافعية: لا ينفق عليه من بيت المال، وإنما يقترض عليه من بيت المال أو غيره؛ لجواز أن يظهر له مال. (المصادر السابقة).

(٣) أخرجه مالك: (٢/ ٧٣٨) الأقضية، باب القضاء في المنبوذ (ح ١٩)، والشافعي في الأم: (٤/ ٧١)، وعبدالرزاق: (٧/ ٤٤٩-٤٥٠ - ح ١٣٨٣٩، ١٣٨٤٠)، (٩/ ١٤ - ح ١٩٣٤)، وابن سعد في الطبقات الكبرى: (٥/ ٦٣)، والبخاري معلقاً: (٣/ ١٥٨) الشهادات، باب إذا زكى رجل رجلاً كفاه، والطحاوي في مشكل الآثار: ٤/ ٦٧)، والطبراني في الكبير: (٧/ ١٢٠ - ح ٦٤٩٩)، وابن حزم في المحلى: (٨/ ٢٧٤)، والبيهقي: (٦/ ٢٠١-٢٠٢) اللقطة، باب التقاط المنبوذ، (١٠/ ٢٩٨) الولاء، باب من قال له عليه ولاء، البغوي في شرح السنة: (٨/ ٣٢٢ - ح ٢٢١٣)، من طريق سنين أبي جميلة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.
الأثر صحيح، وصححه ابن حزم، ورواه البخاري بصيغة الجزم، وهو حكم منه بصحته عن المضاف إليه.

. . . .

. . . .

ولا يجب على الملتقط، فإن تعذر الإنفاق من بيت المال فعلى من علم حاله من المسلمين[١]، فإن تركوه أثموا[٢].

---

(١) في المغني (٨/٣٥٥): «أجمع كل من نحفظ عنه على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط كوجوب نفقة الولد؛ لأن الالتقاط تخليص له من الهلاك وتبرع بحفظه فلا يوجبها».

(٢) وهذا هو المذهب؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ ولأن في ترك الإنفاق عليه هلاكه، وحفظه عن ذلك واجب كإنقاذه من الغرق.

وفي كشاف القناع (٤/٢٢٧): «ولا يرجع المنفق بما أنفق عليه؛ لأنها فرض كفاية ... وإن كان للقيط مال تعذر الإنفاق منه لمانع، أو ينتظر حصوله من وقف أو غيره، فلمن أنفق عليه بنية الرجوع أن يرجع؛ لأنه في هذه الحالة غنى عن مال الغير ...».

وقال في المغني: «وإن لم يتبرع أحد بالإنفاق فأنفق عليه الملتقط أو غيره نفقة المثل بإذن الحاكم ليرجع رجع» ا.هـ.

وعند الحنفية: إذا لم يكن في بيت المال مال، وأبى الملتقط أن يتبرع بالإنفاق عليه، أمر القاضي من ينفق عليه، ويكون ديناً على اللقيط.

وعند المالكية: إذ لم يكن في بيت المال شيء فنفقته على الملتقط ولا رجوع له؛ لأنه بالتقاطه ألزم نفسه ذلك، ويستمر الإنفاق على الذكر حتى يبلغ قادراً على الكسب، وعلى الأنثى حتى يدخل بها الزوج.

وعند الشافعية: إن تعذر الإنفاق من بيت المال اقترض له الإمام من المسلمين في ذمة اللقيط كالمضطر إلى الطعام، فإن تعذر الاقتراض قام =

. . . .

وَهُوَ مُسْلِمٌ،

(وهو مسلم) إذا وجد في دار الإسلام[1] وإن كان فيها أهل ذمة

= المسلمون بكفايته قرضاً حتى يثبت لهم الرجوع على اللقيط إن ظهر له مال أو كسب، وإلا على بيت المال.

(المبسوط: ١٠/ ٢١١، وشرح الخرشي: ٧/ ١٣١، ومغني المحتاج: ٢/ ٤٢١، وكشاف القناع: ٤/ ٢٣٣).

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية، والدار التي تعتبر دار إسلام هي:

أ - دار يسكنها المسلمون، ولوكان فيها أهل ذمة.

ب- دار فتحها المسلمون، وأقروها بيد الكفار صلحاً.

جـ- دار فتحها المسملون، وملكوها عنوة وأقروا أهلها عليها بجزية.

د - دار كان المسلمون يسكنونها، ثم أجلاهم الكفار عنها.

فاللقيط في هذه البلاد مسلم بشرط أن يوجد بها مسلم يمكن أن يكون اللقيط منه، فإن كانت الذار دار كفر، وفيها مسلمون كتجار وأسرى فأصح الوجهين عند الشافعية واحتمال عند الحنفية: أنه يعتبر مسلماً تغليباً للإسلام.

وفي الوجه الثاني للشافعية واحتمال للحنابلة: أنه يكون كافراً تغليباً للدار.

وعند الحنفية: لا يخلو من أمرين:

الأمــر الأول: أن يجده مسلم أو ذمي في مصر من أمصار المسلمين، أو قرية من قراهم، فيحكم بإسلامه.

الوجه الثاني: أن يجده مسلم أو ذمي في بيعة أو كنيسة، أو في قرية من قرى أهل الذمة فإنه يكون ذميًّا. =

. . . .

وَحَضَانَتُهُ لِوَاجِدِهِ الأَمِينِ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنِ حَاكِمٍ،

تغليباً للإسلام والدار، وإن وجد في بلد كفار ولا مسلم فيه[١] فكافر تبعاً للدار.

(**وحضانته لواجده الأمين**)(١)؛ لأن عمر أقرّ اللقيط في يد أبي جميلة حين قال له عريفة: إنه رجل صالح. (**وينفق عليه**) مما وجد معه من نقد أو غيره (**بغير إذن حاكم**)(٢)؛ لأنه وليه، وإن كان فاسقاً أو

= وعند المالكية: إذا وجد اللقيط في بلاد المسلمين حكم بإسلامه، وإذا وجد في قرية ليس فيها من المسلمين سوى بيتين حكم بإسلامه؛ بشرط أن يكون الملتقط مسلماً، فإن التقطه ذمي حكم بكفره على المشهور، وقال أشهب: يحكم بإسلامه. فإن وجد بقرى الشرك حكم بكفره، وقال أشهب: إن التقطه مسلم فمسلم.

(المبسوط: ١٠/ ٢١٥، وبدائع الصنائع: ٦/ ١٩٨، وشرح الخرشي: ٧/ ١٣٢، وروضة الطالبين: ٥/ ٤٣٧، وكشاف القناع: ٤/ ٢٣٥).

(١) أي أولى الناس بحضانته وحفظ ماله واجده؛ لأنه وليه.

وفي المبسوط للسرخسي (١٠/ ٢١٣): «ولا يجوز للمتلقط على اللقيط ذكراً كان أو أنثى عقد النكاح، ولا بيع ولا شراء؛ لأن نفوذ هذه التصرفات على الغير يعتمد الولاية كما قال ﷺ: «**لا نكاح إلا بولي**» ولا ولاية للمتلقط على اللقيط، وإنما له حق الحفظ والتربية».

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول الحنفية؛ لما علل به المؤلف، ولأن هذا من الأمر بالمعروف فاستوى فيه الإمام وغيره.

وعند الحنفية والشافعية: يشترط إذن الحاكم؛ لأن الملتقط لا ولاية له =

---

[١] في / م، ف بلفظ (فيها).

وَميراثُهُ وَدِيتُهُ لِبَيْتِ المَالِ،

رقيقاً أو كافراً واللقيط مسلم[١]، أو بدويًّا ينتقل في المواضع[٢] أو وجده في الحضر فأراد نقله إلى البادية لم يقر بيده[٣].

(وميراثه وديته) كدية حر **(لبيت المال)**[٤] إن لم يخلف

= على اللقيط إلا في الكفالة، فلم يملك الإنفاق بنفسه كالأم. (المصادر السابقة). وفي كشاف القناع: (٤ /٢٢٨): «والمستحب الإنفاق بإذن الحاكم؛ لأنه أبعد من التهمة، وخروج من الخلاف، وحفظ لماله من أن يرجع إليه».

(١) لم يقرَّ بيده؛ لانتفاء ولاية الفاسق ظاهر الفسق، وأهلية حضانة الرقيق على الأحرار بدون إذن سيده، ولأنه لا ولاية لكافر على مسلم، ولا يؤمن فتنته في الدين.

(٢) لم يقر بيده؛ لأنه اتعاب للطفل بتنقله، فيؤخذ منه ويدفع إلى من في القرية؛ لأنه أرفه له، وأخف عليه.

(٣) لأن مقامه في الحضر أصلح له في دينه، ودنياه، وأرفه له، وأرجى لكشف نسبه، وظهور أهله.

(٤) فلا يرث الملتقط من لقيطه إن لم يخلف وارثاً، وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ قال الخطابي في معالم السنن (٤ /١٧٦): «اللقيط في عامة الفقهاء حر، وإذا كان حرًّا فلا ولاء عليه لأحد، والميراث إنما يستحق بنسب أو ولاء».

وعن الإمام أحمد، **وهو قول إسحاق بن راهويه: ثبوت التوريث بالالتقاط**=

وَوَلِيُهُ فِي العَمْدِ الإِمَامُ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ القِصَاصِ

وارثاً(١) كغير[١] اللقيط، ولا ولاء عليه(٢) لحديث «**إنما الولاء لمن أعتق**»(٣).

(**ووليه في**) القتل (**العمد**) العدوان (**الإمام يتخير بين القصاص**

= لحديث واثلة بن الأسقع ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «**المرأة تحوز ثلاثة مواريث: عتيقها، ولقيطها، وولدها الذي لاعنت عليه**» رواه أبو داود والترمذي، وقال: حسن غريب، والنسائي وابن ماجه، وفي إسناده عمر بن رويبة التغلبي، قال البخاري: فيه نظر، وقال أبو حاتم: لا تقوم به حجة.

وقال ابن القيم في تهذيب السنن (٤ / ١٧٩): «... وذهب إسحاق ابن راهويه إلى أن ميراثه للملتقطه عند عدم نسبه لظاهر حديث واثلة، وإن صح الحديث فالقول ما قال إسحاق؛ لأن إنعام الملتقط على اللقيط والقيام عليه والإحسان إليه ليس بدون إنعام المعتق على العبد بعتقه، فإذا كان الإنعام بالعتق سبباً لميراث المعتق مع أنه لا نسب بينهما، فكيف يستبعد أن يكون الإنعام بالالتقاط سبباً له مع أنه قد يكون أعظم موقعاً وأتم نعمة ...».

(١) بفرض أو تعصيب.

(٢) تقدم قريباً.

(٣) تقدم تخريجه من حديث عائشة في قصة بريرة لما أرادت عائشة أن تشتريها فتعتقها. متفق عليه.

---

[١] في / ف بلفظ (لغير).

وَالدِّيَة،

والـديـة)[١] لبيت المال؛ لأنه ولي من لا ولي له، وإن قطع طرفه عمداً انتظر بلوغه ورشده ليقتص أو يعفو[٢]،وإن ادعى إنسان أنه مملوكه ولم

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدل به المؤلف.
وللعمومات الموجبة للقود كقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ﴾.
لكن عند الشافعية: إذا بلغ اللقيط ولم يفصح بالإسلام إذا لم يكن محكوماً بإسلامه فلا يقتص منه، بل تدفع الدية.
ولحديث عائشة رضي الله عنها، وفيه قول النبي ﷺ: «السلطان ولي من لا ولي له» رواه الترمذي وحسنه.
وقال أبو يوسف: عليه الدية في ماله، ولا يقتل به؛ لأنا نعلم أن للقيط وليًّا في دار الإسلام من عصبة أو غير ذلك إلا أنا لا نعرفه بعينه، وحق استيفاء القصاص يكون إلى الولي كما قال تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾ فيصير شبهة مانعة للإمام من استيفاء القصاص.
(المبسوط: ١٠/ ٢١٨، ومغني المحتاج: ٢/ ٤٢٤، وكشاف القناع: ٤/ ٢٣٢).
وإن كانت الجناية على اللقيط خطأ أو شبهة عمد فدية اللقيط تدفع إلى بيت المال بالاتفاق.

(٢) وحبس الجاني إلى أوان البلوغ والرشد، لئلا يهرب.
وإن كانت الجناية على ما دون النفس خطأ أو شبه عمد فأرش الجناية من حق اللقيط فيأخذه دون سواه. (المصادر السابقة).

وَإِنْ أَقَرَّ رَجُلٌ

يكن بيده لم يقبل إلا ببينة[1] تشهد أن أمته ولدته في ملكه ونحوه.

(وإن أقر رجل[2] . . . .

---

(١) فالمذهب ورواية عند الشافعية: أنه لابد مع البينة أن تذكر البينة سبب الملك.

وعند الحنفية والمالكية: أنه يحكم برق اللقيط بمجرد قيام البينة.

(٢) وهذا هو المذهب ومذهب الشافعية، ومذهب الحنفية استحساناً؛ لما علل به المؤلف.

وعند الحنفية قياساً: لا تسمع الدعوى إلا ببينة؛ لأنه يدعي أمراً جائز الوجود والعدم، فلابد لترجيح أحد الجانبين على الآخر من مرجح، وذلك بالبينة ولم توجد، وإن كان المدعي ذمياً أو عبداً تصح دعواه، ويثبت نسبه، لكن يكون مسلماً، حراً.

وعند المالكية: إذا ادعى اللقيط أحد فلا يلحق نسبه به إلا أحد أمرين:

الأول: أن يأتي المدعي ببينة تشهد له بأنه ابنه، فإن أقام بينة لحق به سواء كان المستلحق مسلماً أو كافراً، وسواء كان اللقيط محكوماً بكفره أو إسلامه.

الثاني: أن يكون لدعواه وجه يدل على صدقه، فإنه يلحق بصاحب الوجه المدعي سواء كان المستلحق مسلماً أو كافراً، وسواء كان اللقيط محكوماً بكفره أو إسلامه، هذا ما ذهب إليه ابن عرفة والأجهوري وغيرهم.

وذهب آخرون: إلى أنه لا يلحق بصاحب الوجه إلا إذا كان صاحب الوجه مسلماً، فإن كان غير مسلم فلابد من البينة.

(بدائع الصنائع: ٦/١٩٩، والشرح الكبير مع حاشيته: ٤/١٢٦، والتاج والإكليل: ٦/٨٢، وروضة الطالبين: ٥/٤٣٧، وكشاف القناع: ٤/٢٣٥).

. . . .

أَوْ امْرَأَةٌ

أو امرأة)[١].

---

(١) وهذا هو المذهب: أنه إذا ادعت اللقيط امرأة ذات زوج مسلم يلحق بها، لما علل به المؤلف.

وعند الحنفية والمالكية والشافعية: لا تقبل دعواها إلا ببينة، فإن أقامت بينة صحت دعواها، ولحق بها اللقيط، ولحق زوجها إن أمكن العلوق منه، ولا ينتفي عنه إلا بلعان.

وعند الشافعية: إذا قيدت البينة أنها ولدته على فراشه لحقه به، فإن لم تتعرض للفراش ففي ثبوت نسبه من الزوج وجهان: الأصح منهما المنع.

وإن كانت المرأة خلية من الزوج ففي الأصح عند الشافعية: لا يلحقها إلا ببينة لإمكانها إقامة البينة بالولادة.

(بدائع الصنائع: ٦ / ٢٠٠، وفتح القدير: ٥ / ٣٤٥، وشرح الخرشي: ٦ / ٤٣٧، وروضة الطالبين: ٥ / ٤٢٨، ومغني المحتاج: ٢ / ٤٢٧، وشرح منتهى الإرادات: ٢ / ٤٨٧).

وإن ادعت اللقيط امرأتان، فإن أقامت إحداهما البينة فهي أولى به.

فإن أقامتا ببينتين فالمذهب: أنه يعرض على القافة فإن ألحقته بإحداهما لحقها، وإن ألحقته بكل منهما سقط قول القافة؛ لأنه يستحيل أن يكون من امرأتين.

وعند أبي حنيفة: إن أقامتا بينتين فهو ابنهما.

وعند أبي يوسف: لا يكون لواحدة منهما.

وعند الشافعية: إن أقامتا بينتين عرض على القافة، فإن ألحقته بإحداهما لحقها ولحق زوجها، فإن لم يكن بينة لم يعرض على القائف؛ لأن استلحاق المرأة إنما يصح مع البينة. (المصادر السابقة).

. . . .

ذَاتُ زَوْجٍ مُسْلِمٍ أَوْ كَافِرٍ أَنَّهُ وَلَدُهُ لَحِقَ بِهِ، وَلَوْ بَعْدَ مَوْتِ

ولـو (**ذات زوج مسلم أو كافر أنه ولده لحق به**)(١) لأن الإقـرار بـه محض مصلحة للطفل لاتصال نسبه ولا مضرة على غيره فيه(٢)، وشرطه أن ينفرد بدعوته(٣)، وأن يمكن كونه منه حرًّا كان أو عبداً.

وإذا ادعته المرأة لم يلحق بزوجها كعكسه(٤)، (**ولو بعد موت**

---

(١) إذا ثبت بالبينة أن هذا اللقيط ابن لهذا الذمي، وولد على فراشه لحقه نسباً وديناً بلا خلاف بين أهل العلم.
وإذا لم يكن بينة وادعاه الذمي فالمذهب وهو قول جمهور أهل العلم: أنه يلحق به نسباً؛ لأنه أقر بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه، وليس في إقراره إضرار بغيره، فيثبت إقراره كالمسلم.
وعند ابن حزم وأبي ثور: أنه لا يلحق بالكفار إلا ببينة خشية أن يفسد عليه دينه. (المصادر السابقة).

(٢) ولا دافع عنه، ولا ظاهر يرده فوجب اللحاق.
وفي كشاف القناع (٤ / ٢٣٥): «ولا حق للذمي في حاضنة الرقيق الذي استلحقه؛ لأنه ليس أهلاً لكفالة المسلم ولا تؤمن فتنته عن الإسلام، ونفقته في بيت المال ولا يسلم إليه».

(٣) فلو دعاه اثنان فأكثر قدم من له بينة، فإن تساووا أو عدمت عرض القافة، فمن ألحقته به لحق.

(٤) ما لم يصدقها، كما لا يلحق بزوجة المقر بدون تصديقها؛ لأن إقرار أحدهما لا يسري على الآخر بدون بينة.

اللَّقيط، وَلا يَتْبَعُ الكَافِرَ فِي دِينِهِ إلاَّ بِبَيِّنَةٍ، تَشْهَدُ أَنَّهُ وُلِدَ عَلَى فِراشِهِ، وَإِن اعْتَرَفَ بِالرِقِّ مَعَ سَبْقٍ مُنافٍ،

اللقيط) فيلحقه وإن لم يكن له توأم أو ولد احتياطاً للنسب(١).

(ولا يتبع) اللقيط [١] **(الكافر)** المدعي أنه ولده **(في دينه)** إلا أن يقيم ببينة تشهد أنه ولد على فراشه؛ لأن اللقيط محكوم بإسلامه[٢] بظاهر الدار، فلا يقبل قول الكافر في كفره[٣] بغير بينة(٢)، وكذا لا يتبع رقيقاً في رقه(٣).

(وإن اعترف) اللقيط(٤) **(بالرق مع سبق** [٤]**مناف)** [١] للرق من

---

(١) أي: إن لم يكن للمقر توأم، أو لم يكن له ولد احتياطاً للنسب.

(٢) تشهد بأنه ولد على فراشه، وإلا فيتبعه نسباً لا ديناً إن لم تكن له بينة.

(٣) لأنه خلاف الأصل، وإضرار بالطفل، إلا ببينة تشهد أنه ولد على فراشه. (المصدر السابق).

(٤) إذا اعترف اللقيط بالرقِّ فلا يخلو من حالين:

الأول: إذا اعترف لنفسه بالحرية قبل إقراره بالرق فلا يقبل إقراره بالرق، لأنه لزمه بالحرية أحكام الأحرار في العبادات والمعاملات، وهذا قول جمهور أهل العلم، إلا أن الحنفية اشترطوا أن تكون الأحكام التي جرت عليه بقضاء قاض.

الثاني: إذا لم يكن قد اعترف بحريته، فعند الحنفية ورواية للشافعية: أنه إذا بلغ اللقيط وأقرَّ على نفسه بالرق، فإن كان لم يجر عليه شيء من أحكام الأحرار بَعْدُ؛ من قبول شهادته، وضرب قاذفه الحد ونحوه صح =

[١-١] ساقط من / ف.

[٢] في / م بلفظ (بإسلام).

[٣] في / س بلفظ (غيره).

[٤] في / س بلفظ (مع ما سبق).

أَوْ قَالَ: إِنَّهُ كَافِرٌ لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ،

بيع ونحوه[١] أو عدم سبقه لم يقبل[٢]؛ لأنه يبطل حق الله من الحرية المحكوم بها[٣] سواء أقر ابتداء لإنسان[٤] أو جواباً بالدعوى عليه[٥]، (**أو قال**) اللقيط بعد بلوغه: (**إنه كافر لم يقبل منه**)؛ لأنه محكوم

= إقراره، لأنه لم تعرف حريته إلا بظاهر الحال، فإذا أقر على نفسه بالرق؛ فالظاهر أنه لا يُقرُّ على نفسه بالرق كاذباً.

وفي رواية للشافعية، وهو مذهب الحنابلة: أنه لا يقبل إقراره بالرق على نفسه؛ حتى ولو لم يجرِ عليه شيءٌ من الأحكام التي تجري على سائر الأحرار.

وعند المالكية: لا يقبل إقراره بالرق مطلقاً.

(المبسوط: ١٠/٢٢٠، والفتاوى الهندية: ٢/٢٥٤، والمدونة: ٣/٢٢٢، والمهذب: ١/٤٣٩، وشرح روض الطالب: ٢/٥٠٤، وشرح منتهى الإرادات: ٢/٤٨٦).

(١) كتزويج، أو إصداق، ونحوه.

(٢) أي أو اعترف بالرق مع عدم سبق مناف للرق، ولو صدقه المقر له لم يقبل إقراره. (كشاف القناع ٤/٢٣٤).

(٣) لما يترتب عليها من وظائف شرعية، وعبادات لا توجد مع الرق.

(٤) بأن قال: إنه ملك زيد لم يقبل.

(٥) بأن ادعى عليه زيد بالرق، فقال: نعم هو رقيق له؛ لم يقبل إقراره، وكما لو أقر قبل ذلك بالحرية؛ لأن الطفل المنبوذ لا يعرف رق نفسه ولا حريتها.

وَإِنِ ادَّعَاهُ جَمَاعَةٌ قُدِّمَ ذُو البَيِّنَةِ،

بإسلامه(١)، ويستتاب، فإن تاب وإلا قتل.

(وإن ادعاه جماعة قدم ذو البينة)(٢) مسلماً أو كافراً [حرًّا][١] أو

---

(١) تقدم قريباً عند قول المؤلف: «وهو مسلم إذا وجد في دار الإسلام».

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية، فإن كان لأحدهم بينة فهو ابنه، وإن أقاما بينتين تعارضتا وتساقطتا، فإن لم يكن لأحدهم بينة، أو كانت لهم بينات وتعارضتا وتساقطتا، عرض على القافة مع المُدَّعين، فيلحق بمن ألحقته به منهم؛ لما استدل به المؤلف، ولما روت عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن النبي ﷺ دخل عليها يوماً مسروراً تبرق أسارير وجهه، فقال: «ألم ترى أن مجززاً المدلجي دخل عليّ فرأى أسامة وزيداً، وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما، وبدت أقدامها، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض» متفق عليه.

فلولا جواز الاعتماد على القافة لما سر النبي ﷺ بقول مجزز ولا اعتمد عليه.

وعند الحنفية: إن ادعى اللقيط اثنان ولا بينة لهما، فإن كان أحدهما مسلماً والآخر ذميًّا، فالمسلم أولى به، وإن كان أحدهما حرًّا والآخر عبداً فالحر أولى به؛ لأنه أنفع للقيط.

وإن كانا مسلمين حرين، فإن وصف أحدهما علامة في جسده، فالواصف أولى به؛ لأن الدعوتين إذا تعارضتا؛ يجب العمل بالراجح منهما، وقد ترجحت إحداهما بالعلامة، ودليل العمل بالعلامة قوله =

---

[١] ساقط من / م، ف.

وَإِلاَّ فَمَنْ أَلْحَقَتْهُ القَافَةُ بِهِ،

عبداً؛لأنها تظهر الحق وتبينه(١)، (**وإلا**) يكن لهم بينة أو تعارضت[١]. عرض معهم على القافة(٢)، (**فمن ألحقته القافة به**)(٣) لحقه؛ لقضاء عمر

= تعالى: ﴿**إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (٢٦) وَإِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ (٢٧) فَلَمَّا رَأَىٰ قَمِيصَهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ**﴾.

وإن لم يصف أحدهما علامة حكم بكونه ابناً لهما.

فإن أقام أحدهما بينة فهو أولى به، وإن أقاما جميعاً البينة حكم بكونه ابناً لهما وإن ادعاه أكثر من رجلين فأقاموا البينة، روي عن أبي حنيفة: أنها تسمع من خمسة.

وقال أبو يوسف: تسمع من اثنين ولا تسمع أكثر من ذلك.

وقال محمد: تسمع من ثلاثة ولا تسمع أكثر من ذلك.(المصادر السابقة).

(١) لا فرق؛ لأن العرب وغيرهم في أحكام الله ولحوق النسب سواء.

(٢) القيافة: مصدر قاف؛ بمعنى تتبع أثره. (لسان العرب: مادة قوف).

وفي التعريفات للجرجاني (ص ١٧١): «القائف: هو الذي يعرف النسب بفراسته، ونظره في أعضاء المولود».

(٣) فالمذهب، وهو مذهب المالكية والشافعية: إثبات النسب بالقيافة، واستدلوا: بما روته عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: إن رسول الله ﷺ دخل عليَّ تبرق أسارير وجهه، فقال: «**ألم تري أن مجززاً نظر آنفاً إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض**» متفق عليه. ولوروده عن عمر رضي الله عنه. =

---

[١] في / هـ، ف بلفظ (وتعارضت).

. . . .

به بحضرة الصحابة رضي الله عنهم[١]، وإن ألحقته باثنين فأكثر لحق

= وعند الحنفية: لا يثبت النسب بقول القافة؛ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رجلاً أتىٰ النبي ﷺ فقال: «إن امرأتي ولدت غلاماً أسود، فقال النبي ﷺ: **هل لك من إبل؟** قال: نعم، قال: **ما ألوانها؟** قال: حمر، قال: **فهل فيها من أورق؟** قال: نعم. قال ﷺ: **فأنى هو؟** فقال: لعله يا رسول الله يكون نزعه عرق» فبين ﷺ أن لا عبرة للشبه.

ولأن القيافة كالكهانة في الذم والحرمة؛ لأن الشرع حصر دليل النسب في الفراش.

(المبسوط: ١٧ / ٧٠، ومواهب الجليل: ٥ / ٢٤٧، والفروق: ٤ / ٩٩، ونهاية المحتاج: ٨ / ٣٧٥، والمبدع: ٨ / ١٣٦).

(١) وذلك أن رجلين ادعيا ولداً، فدعا عمر القافة، واقتدى في ذلك ببصر القافة، وألحقه أحد الرجلين.

أخرجه عبدالرزاق: (٧ / ٣٦٠، ٣٦١ - ح ١٣٤٧٥، ١٣٤٨٠)، والطحاوي في شرح معاني الآثار: (٤ / ١٦٢، ١٦٣) القضاء والشهادات، باب الولد يدعيه الرجلان كيف الحكم فيه؟، والبيهقي (١٠ / ٢٦٣، ٢٦٤) الدعوى والبينات، باب القافه ودعوىٰ الولد، من عدة طرق عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

الأثر صحيح، وقال البيهقي عقب روايته من طريق يحيى بن عبدالرحمن ابن حاطب عن أبيه عن عمر: «هذا إسناد صحيح موصول».

. . . .

. . . .

- - - - - - - - - - - - - - - - - - -

بهم[١]، وإن ألحقته بكافر أو أمة لم يحكم بكفره ولا رقه[٢]، ولا يلحق بأكثر من أم[٣].

والقافة: قوم يعرفون الأنساب بالشبه، ولا يختص ذلك بقبيلة معينة[٤] ويكفي واحد[٥].

---

(١) وهذا هو المذهب، ويكون ابناً لهم يرثهم ميراث ابن، ويرثونه جميعاً ميراث أب واحد، لما ورد عن عمر ـ رضي الله عنه ـ في امرأة وطئها رجلان في طهر، فقال القائف: «قد اشتركا فيه جميعاً فجعله بينهما» رواه البيهقي في سننه الكبرى (١٠ /٢٦٣)، والطحاوي ٢ / ٢٩٢ وإسناده صحيح.

وعند الشافعية: إن ألحقته القافة بأحدهما لحق به، وإن ألحقته بهما يسقط قولهما، ولا يلحق بهما ويترك حتى يبلغ، فإذا بلغ أمر بالانتساب إلى من يميل طبعه إليه، فمن انتسب إليه منهما لحق به؛ لما ورد أن رجلين ادعيا رجلاً لا يدري أيهما أبوه، فقال عمر رضي الله عنه: «اتبع أيهما شئت» رواه البيهقي (١٠ /٢٦٣) وصححه.

(٢) ويلحق به نسباً، ولا يلزم من لحوق النسب لحوق الدين والرق.

(٣) لأنه محال، فلا يجوز الحكم به.

(٤) كبني مدلج، بل من عرف منه المعرفة بذلك، وتكررت منه الإصابة فهو قائف.

(٥) فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أنه لا يشترط التعدد في القيافة. لما تقدم من حديث عائشة، ولأنه من باب الخبر. =

. . . .

. . . .

وشرطه: أن يكون ذكراً عدلاً[١] مجرباً في الإصابة[٢]، ويكفي مجرد خبره[٣]، وكذا إن وطئ اثنان امرأة بشبهة في طهر واحد وأتت بولد يمكن أن يكون منهما[٤].

= وعن الإمام مالك: اشتراطه كالشهادة: (المصادر السابقة، وتبصرة الحكام: ٢/١٠٨).

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية: اشتراط الذكورة والعدالة كالحاكم. وفي قول للشافعية والحنابلة: عدم اشتراطهما. (مغني المحتاج: ٤/٨٨، والمبدع: ٥/٣١٠).

(٢) نص عليه الشافعية، والحنابلة؛ لأنه أمر علمي، فلابد من العلم بعلمه له، وطريقه التجربة فيه، ويكفى أن يكون مشهوراً بالإصابة، وصحة المعرفة.

(٣) ولا تشترط الشهادة، وذكر ابن القيم: أن الشاهد مخبر، وأن المخبر شاهد، وأن الشرع لم يفرق بينهما. (ينظر الطرق الحكمية: ص ٢٢٢).

(٤) أري القافة، سواء ادعياه، أو جحداه، أو أحدهما.

* * *

. . . .